This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 207 106

Digitized by Google

105

Bd April 1930

HARVARD LAW LIBRARY

Received May 12, 1921

Digitized by Google

Germany

Digitized by Google

Digitized by Google

A. R. Dr. Neukamp
Göttingen

mar 4

Sachenrechtliche Erörterungen

zu dem

Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches

für

das Deutsche Reich

133

von

von Liebe,
Reichsgerichtsrath.

Leipzig,
Verlag von C. L. Hirschfeld.
1891.

Digitized by Google

Digitized by Google

Sachenrechtliche Erörterungen

zu dem

Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches

für

das Deutsche Reich

133

von

von Liebe,
Reichsgerichtsrath.

Leipzig,
Verlag von C. L. Hirschfeld.
1891.

EK

Digitized by Google

Alle Rechte vorbehalten.

MAY 12 1921

Digitized by Google

Vorwort.

Aus meiner früheren Stellung als Hülfsarbeiter der Kommission für die Ausarbeitung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches ergiebt sich von selbst, daß die nachstehenden Erörterungen kritischen Inhaltes nicht gegen den Entwurf, sondern aus dem Entwurfe heraus mit dem Bestreben geschrieben sind, unter Festhaltung und Weiterentwickelung der gegebenen Grundlage in Einzelnheiten die Ergebnisse des Entwurfes zu berichtigen. Ein jedes allgemeinere Urtheilen ist vermieden. Bei einem solchen Urtheilen geschieht im Grunde nichts weiter, als daß die meist minderwerthige persönliche Autorität gegen die Autorität der Urheber des Entwurfes in die Wagschale geworfen wird. Dagegen habe ich es für erlaubt gehalten, thunlichst speziell begründete Erinnerungen aufzustellen. Ich bin fest überzeugt, daß die Urheber des ersten Entwurfes in derartigen Angriffen nur den guten Willen für die Sache erblicken und nicht an der hohen Verehrung und der freundschaftlichen Ergebenheit des Verfassers zweifeln werden.

Die gemachten Vorschläge bezwecken hauptsächlich Abkürzung Der kürzere Weg, welcher etwa zu demselben materiellen Ergebnisse führt, hat die Vermuthung für sich, daß er auch der richtigere sei. Man sollte nur Vorschriften von normativer Bedeutung aufnehmen. Nach dem Gesetze von der Ueberlegenheit der großen Bataillone ist die juristische Nachwelt der besser unterrichtete Theil im Vergleich mit den Urhebern des Entwurfes. Erklärende Vorschriften sind mithin bindende Rathschläge eines pejus instructus an einen melius instructus. In dem Entwurfe findet sich eine

Digitized by Google

beträchtliche Zahl erklärender Vorschriften, wie die nachstehenden Erörterungen für das von denselben betroffene Gebiet darthun werden. Die normative Bedeutung einer Vorschrift erkennt man, indem man die allgemeinere Rechtsregel sich klar macht, welche eine Einschränkung erleidet; denn Normirung ist Verneinung ebenso wie Begrenzung oder Definition. Dabei ist es oft schwer zu unterscheiden, auf welcher Seite der Entwurf die Regel und auf welcher Seite er die Ausnahme findet. Würde nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen das abstrakte Versprechen ungültig sein und wird dasselbe ausnahmsweise bei eingehaltener Schriftform durch § 683 des Entwurfes für gültig erklärt oder ergiebt der Grundsatz der Vertragsfreiheit im Obligationenrechte als Regel die Gültigkeit auch des abstrakten angenommenen Versprechens und bestimmt der § 683 eine Ausnahme von der Regel der Formfreiheit? Entwurf wie Motive lassen Zweifel bestehen. Vielleicht möchte bei der zweiten Lesung eine etwas strengere Einhaltung der Regeln der Gesetzgebungskunst gerathen erscheinen, damit man nicht eine Rechtsnorm da suche, wo nur eine Konsequenz ausgesprochen ist, und nicht über die Regel im Zweifel sei, von welcher eine Ausnahme gemacht wird.

Leipzig, den 15. März 1891.

v. Liebe.

Digitized by Google

Inhaltsübersicht.

§ 1. Inhabung. S. 1—12. Unbewußte Inhabung? Inhabung durch einen Anderen. Der Inhaber als Vertreter des Besitzers. possessio pro diviso. Inhabungseinheit. Thatsächlichkeit der Inhabung. possessio absentium. Schutz der Inhabung. Verbotene Eigenmacht. Deliktsanspruch gegen den Eigenmächtigen. Interdiktenschutz des Besitzers. Restitutionspflicht des Eigenmächtigen. Präklusion der Anschuldigung fremder Eigenmacht. Trennung der Vorschriften über Inhabung und Besitz. Terminologie. Vertheidigungslage des Servitutberechtigten.

§ 2. Besitz. S. 12—16. Definition. Thatsächlichkeit. Entbehrlichkeit der Vorschriften über Erwerb und Verlust des Besitzes. Uebergabe. Verlust des Besitzes.

§ 3. Mit dem Besitze verbundene Beweislage. § 825. S. 16—26. Eigenthums-Schein des Besitzes. Fiktion des Eigenthumes des Besitzers zu Gunsten eines gutgläubigen Dritten. Beweisvortheil des Besitzers. exceptio de jure tertii. actio Publiciana. condictio possessionis.

§ 4. Fruchterwerb des redlichen Besitzers. S. 26—33. Stellung der Vorschrift. Definition der mala fides. Fruchterwerb durch Trennung oder durch Besitzergreifung? Volles Nutzungsrecht des Besitzers? Exkurs über die Deliktshaftung.

§ 5. Expropriatio juris civilis zu Gunsten der Erhaltung zusammengefügter Sachen. S. 33—41. Rechtliche Wirkung des körperlichen Zusammenhanges. actio ad exhibendum. „Wesentliche Bestandtheile". Erweiterung und Verschärfung der Vorschriften über das tignum junctum. Ausgleichung im Wege der Kondiktion. Miterwerb der superficies seitens des Erwerbers des Grundstückes. Miterwerb des Zubehöres.

§ 6. Das dingliche Rechtsgeschäft des Mobilienrechtes. S. 42—57. Rechtsgeschäfte des Besitzers. Stellung des nichtbesitzenden Eigenthumsprätendenten im rechtsgeschäftlichen Verkehre. Verzicht des nichtbesitzen-

Digitized by Google

den Eigenthümers auf sein Recht. Konvaleszenz. Exkurs über rechtsgeschäftliche Aufhebung begrenzter Rechte. Zession der Vindikation.

§ 7. Rechtsgeschäfte des Immobilienrechtes. S. 57—68. Zwei Systeme: das Recht folgt dem Buche; das Buch folgt dem Rechte. Vorzug des letzteren Systemes. Vertrag. Einseitiges Rechtsgeschäft. Aufhebende Rechtsgeschäfte. Rechtsstellung des Eingetragenen.

§ 8. Die Konvaleszenz des § 830. S. 68—71. Mangel im Rechte des Verfügenden. Mangel des Eingetragenseins.

§ 9. Vorrangseinräumung § 841. S. 72—78. Ersichtlichmachung des Rangverhältnisses. Natur desselben. Kein Rang-Tausch-Geschäft. Neustiftung des Rangverhältnisses. Formerleichterung. Konversion des Rang-Tausch-Geschäftes. Rangvorbehalt für ein zu begründendes Recht.

§ 10. Unrichtigkeit des Grundbuches. S. 78—85. Verschiedene Gründe. In Folge des Bedingungsausfalles. In Folge der akzessorischen Natur des Pfandrechtes. In Folge einer Rechtsänderung kraft Gesetzes. Aenderung des Buches ohne Aenderung des Rechtes.

§ 11. Eigenthumsanspruch. S. 85—102. Exhibitionspflicht. Wissentliche Vorenthaltung als Grund einer Deliktshaftung. Nichterwähnung der Haftung des Inhabers. mora. Verpflichtung des malae fidei possessor als negotiorum gestor und des Prozeßbesitzers als Sequester.

§ 12. Die Impensenfrage. §§ 936—938. S. 104—110. System des Entwurfes: Bereicherung als Verpflichtungsgrund. System des gemeinen Rechtes: sachliche Beschränkung der Vindikation. Vorzug des letzteren Systemes.

§ 13. Die Grundbucheinheit. S. 110—118. Bestandtheile der Grundbucheinheit. Nichtzusammenfallen des praedium serviens und des praedium dominans mit der Grundbucheinheit. Realisirung der Dienstbarkeiten und Reallasten aus der Grundbucheinheit im Subhastationsfalle. Wirkung des Zuschriebes von Parzellen bei der Hypothek. Zuschrieb selbständiger Berechtigungen. Subjektiv-dingliche Rechte. Grunddienstbarkeiten. Reallasten.

§ 14. Die bedingte Tradition. S. 118—126. Prinzipielles Gestattetsein der bedingten rechtsgeschäftlichen Redeweise. Schwebezustand bei Uebertragung dinglicher Rechte. Rechtsungewißheit. Kenntniß des Schwebezustandes führt auch bei der Resolutivbedingung zur mala fides. Unzulässigkeit der Suspensivbedingung bei Uebertragung des Eigenthumes an beweglichen Sachen. Nur obligatorische Wirkung der Resolutivbedingung. Verschiedene Behandlung der bedingten Geschäfte im Mobilienrechte und im Immobilienrechte.

Digitized by Google

§ 15. Vormerkung für obligatorische Ansprüche. S. 126—134. Das Veräußerungsverbot des § 107. Beschränkung der praktischen Bedeutung auf das richterliche Veräußerungsverbot zur Erhaltung der Leistungsfähigkeit des Schuldners bezüglich eines Rechtes an einem Grundstücke. § 817 der Civilprozeßordnung. Sicherung des Gläubigers durch vorläufige Verschaffung des Rechtes als eines bedingten im Wege der einstweiligen Verfügung.

§ 16. Miteigenthum. S. 134—145. Abgrenzung von communio incidens und societas. Beschränkung des Zweckes der communio incidens auf die Theilung. Naturaltheilung? Theilungsausschluß. Anspruch des Einzelnen auf Herausgabe an alle Genossen.

§ 17. Das Erbbaurecht. S. 145—150. Begrenzung des Inhaltes. Geltendes Recht. Gründe gegen die Zulassung.

§ 18. Civilrechtliche Grundlagen des Wasserrechtes. S. 150—157. Civilrechtlicher Zustand abgesehen vom Spezial-Wasserrecht. Mobilienrechtliche Bestimmungen. Einfluß der Wasserbedeckung auf die Rechtsverhältnisse der Grundstücke. Verschiedene juristische Konstruktionen dieses Einflusses.

Digitized by Google

Digitized by Google

§ 1. Inhabung.

Der Entwurf geht von dem Grundsatze aus, daß die Inhabung ein rein thatsächliches Verhältniß sei, daß also der Richter aus der gegebenen Begriffsbestimmung heraus („thatsächliche Gewalt der Person über die Sache", § 797 d. E.) festzustellen habe, ob in einem gegebenen Augenblicke die Inhabung einer Person anzunehmen sei.

Lediglich an die Voraussetzung der Inhabung knüpfen sich die Vertheidigungslage und der Interdiktenschutz. Diese beiden Folgen stehen unter sich in einem inneren Zusammenhange. Das Interdikt stellt denjenigen Inhabungszustand wieder her, wie solchen der Interdiktenkläger, wenn er zur Stelle gewesen wäre und die Macht gehabt hätte, mit Gewalt hätte aufrecht erhalten dürfen; beziehungsweise wird durch das Interdikt der drohenden Gewalt des Nichtinhabers durch Auferlegung einer Friedensbürgschaft vorgebeugt und also die Abwehr unterstützt.

Der hervorgehobene Grundsatz des Entwurfes muß als ein solcher bezeichnet werden, welcher seiner Natur nach eine Durchbrechung nicht duldet. Es würde ein innerer Widerspruch darin liegen, wenn einem fingirten Inhaber das Vertheidigungsrecht zugesprochen würde. Dem Entwurfe ist der später zu begründende Vorwurf zu machen, daß die Nichtdurchbrechbarkeit jenes Grundsatzes nicht gewahrt ist.

Die nähere Ausbauung des Begriffs der thatsächlichen Gewalt der Person über die Sache ist gewiß mit vollem Rechte der künftigen Thätigkeit der Gerichte überlassen. Eine Menge der wichtigsten Fragen werden zu entscheiden sein.

Bewußte und gewollte thatsächliche Gewalt oder auch rein zuständliche thatsächliche Inhabung ohne Willen? Die Mot. III

Digitized by Google

S. 81 sind für die Erweiterung. Für die Selbstvertheidigung ist die Frage gleichgültig, da man den Griff in seine Tasche abwehren kann. Wegen des Interdiktenschutzes kommt in Betracht, daß nur an bewegliche Sachen zu denken ist. Bei diesen wird ein auf eine blos zuständliche Inhabung gestützter Interdiktenschutz im Falle geeigneter Gestaltung der Mobiliarklage und Deliktsklage überflüssig erscheinen, auch verträgt sich derselbe nicht wohl mit dem Begriffe der verbotenen Eigenmacht (§ 814), welche eine Voraussetzung des possessorischen Schutzes bildet, denn ein Handeln ohne Rücksichtnahme auf den entscheidenden Willen des Inhabers setzt einen, was die thatsächliche Gewalt über die konkrete Sache betrifft, wollenden und bewußten Inhaber voraus. Das Wegnehmen aus der Tasche oder dem Kasten ist jedenfalls ein Eingriff in die Inhabung dieser Gegenstände und deshalb ein Delikt. Eine unbewußte Sachherrschaft erscheint lediglich als eine für die Erlangung der Herrschaft besonders günstige Position; der gestiftete Schaden ist jedoch der selbe, mag eine solche Position entzogen oder die schon erlangte Sache weggenommen sein.

Bei dem Innehaben durch Andere ging das römische Recht — wenigstens steht dies für den Immobilienbesitz außer Zweifel — davon aus, daß die Willenslage des in Anerkennung eines bestimmten Eigenthümers handelnden Detentors eine solche ist, um denselben lediglich als fremdes Werkzeug und deshalb nicht als Inhaber im Sinne des Entwurfes erscheinen zu lassen. Der römische Pächter beging ein Besitzattentat, wenn er den Verpächter und Eigenthümer abhielt. Der Besitzer erschien deshalb auch immer zugleich als Inhaber. Heutzutage wird die Willenslage desjenigen, welcher eine fremde Sache für den Eigenthümer hat, anders aufgefaßt. Nicht eine Aenderung im Rechte ist eingetreten, sondern lediglich ein Wandel in der Auffassung des Willensinhaltes der Detentoren. Diesem Wandel hat der Entwurf Rechnung getragen, indem er die Inhabung allein zur Grundlage des Besitzschutzes gemacht hat. Das Verfahren des Entwurfes hat nicht verfehlen können, bedenkliche Mißverständnisse hervorzurufen. Die Möglichkeit, daß zu der Ausübung der thatsächlichen Gewalt eine Person benutzt wird, welche lediglich als Werkzeug eines Anderen handeln will, wie solches bei

Digitized by Google

einem Forstwärter, einem Kastellan, einem Diener, einem beschäftigten Arbeiter sowohl bei Grundstücken als bei beweglichen Sachen der Fall sein kann, wird nicht ausgeschlossen. Alsdann ist der Herr Inhaber und nicht der Diener. Bei Berathung der Vorschriften über Stellvertretung bei Rechtsgeschäften war man sich klar, daß die natürliche Gleichwerthigkeit der durch eine andere Person ausgeführten Rechtshandlungen mit den eigenen Handlungen, bei welcher eine mit Einschaltung einer anderen Person herbeigeführte Wirkung unter alleiniger Berücksichtigung der natürlichen Kausalität dem Urheber zugerechnet wird, von der Zurechnung der Wirkung der Rechtshandlungen des Stellvertreters zu unterscheiden sei.[1]) Jene natürliche Gleichwerthigkeit ist nicht Folge bestimmter Rechtssätze, sondern folgt aus den allgemeinen Grundsätzen. Sie führt zu einer Stellvertretung in der Ausübung der thatsächlichen Gewalt, bei welcher nichts von der Gewaltstellung auf das Organ, soweit diese Stellung als Rechtsstellung erscheint, übergeht. Das Organ ist nicht Inhaber im Sinne des Entwurfes.

Es wird aber nicht nöthig und kaum möglich sein, eine gesetzliche Bestimmung auch nur zur Erläuterung aufzunehmen. Die Bemerkungen des Königlich preußischen Justizministeriums zum Entwurfe wollen das Ausscheiden desjenigen, welcher nur Werkzeug sein will, als Inhaber durch folgende Vorschrift feststellen:

„Uebt Jemand die thatsächliche Gewalt für einen Anderen in dem Haushalte, dem landwirthschaftlichen Betriebe, dem Erwerbsgeschäfte desselben oder in einem ähnlichen Abhängigkeitsverhältniß aus, so gilt nur dieser Andere als Besitzer" (d. h. nach Sprachweise des Entwurfes als Inhaber).

Im § 801 d. E. werden auf denjenigen, welcher in Vertretung eines Anderen Besitz erwirbt, die Vorschriften über Stellvertretung bei Rechtsgeschäften zur analogen Anwendbarkeit gebracht. Diese Bestimmung darf nicht dahin verstanden werden, daß die Handlungen des Okkupanten, welcher im Dienste eines Anderen handelt, nach allen Richtungen so zu beurtheilen seien, als wenn sie eigene Handlungen des Geschäftsherren wären. Läßt sich Jemand aus-

1) Vgl. Motive zu der Redaktionsvorl. des Allgem. Theiles Abschn. II Tit. 2. S. 155.

Digitized by Google

senden, um Pilze oder Beeren zu sammeln, so wird zunächst er selbst und nicht sein Herr Eigenthümer des Gesammelten, denn in seiner Person sind die Voraussetzungen des Erwerbes durch Zueignung eingetreten und die Vereinbarung mit seinem Herrn kann nicht die Kraft haben, den Erwerb von seiner Person ab ohne weitere Tradition auf den Herrn zu lenken. Man möge auch bedenken, daß bei einer anderen Auffassung der Sammelnde an dem Gesammelten, von welchem sein Herr noch nichts weiß, einer Unterschlagung sich würde schuldig machen können, eine Möglichkeit, welche man gewiß nicht zugeben darf. Die Analogie der Stellvertretung bei Rechtsgeschäften mit dem Besitzerwerbe durch Vertreter, auf welche § 801 verweist, trifft nur in einer so beschränkten Weise zu, daß man sie besser bei Seite läßt. Nicht die Rechtsfolgen einer Handlung sollen von dem Vertreter abgelenkt und auf den Vertretenen gelenkt, sondern es soll nur klargestellt werden, daß die Ausübung der thatsächlichen Gewalt über die Sache durch eine Person, welche im Einverständnisse mit einer anderen Person und in Anerkennung des Eigenthumes der letzteren handelt, was die Frage nach dem Besitze anbelangt, der selbstgeübten thatsächlichen Gewalt gleichwerthig ist. Von diesem Falle ist der Fall des Handelns durch eine andere Person als Werkzeug und der dann eintretenden Gleichsetzung der fremden Handlung mit der eigenen Handlung wohl zu unterscheiden. Im letzteren Falle bleibt das Werkzeug der Inhabung, welche lediglich bei dem mittelbar Handelnden ist, ganz fern. Wenn der Entwurf auch über diesen Fall der reinen Dienstleistung keine Vorschrift hat, so kann dieses Schweigen nicht abhalten, die Besitzhandlungen eines Wächters oder Dieners als den eigenen Besitzhandlungen des Herrn gleichwerthig zu behandeln und die Inhabung dem Herrn und nicht dem Organe zuzuschreiben.

Die Möglichkeit der Inhabung ist in verschiedener Weise durch die Natur der Sache begrenzt. Soweit eine solche Grenze besteht, ist jeder Streit um die Sache undenkbar und damit auch Besitz und Recht an der Sache ausgeschlossen. Eine gewisse Art der Begrenzung ergiebt sich aus dem Satze res mobilis pro diviso possideri nequit, ein Satz, welcher mutatis mutandis bei Grundstücken

Digitized by Google

eine abgesonderte Inhabung an zusammenhängenden Theilen des Grundstückes vor ihrer Mobilisirung ausschließt. Diese Sätze sind nicht Rechtssätze, sondern nur Betrachtungen über die nothwendige Abgegrenztheit der verschiedenen Herrschaftsbezirke. Die Kohäsion läßt es als undenkbar erscheinen, daß die eine Hälfte einer zusammenhängenden Sache in der Inhabung einer Person, die andere (in Gedanken abzugrenzende) Hälfte in der Inhabung einer anderen Person stehen; denn vermöge des körperlichen Zusammenhanges würde die thatsächliche Verfügung über den einen Theil auch den anderen Theil und damit ein fremdes Herrschaftsgebiet berühren. Die kohärirende Sache bildet mithin eine Inhabungseinheit. Die Natur der Sache führt indessen nur insoweit zu Inhabungseinheiten, als nicht doch innerhalb der kohärirenden Sache fest abgegrenzte Herrschaftsgebiete denkbar sind, wie insbesondere bei Räumen in baulichen Anlagen (§ 816 d. E.). Es ist ein Satz der Rechtslogik, daß die Inhabungseinheit (solange sie dauert) eine Rechtsverschiedenheit ausschließt; dieser Satz folgt daraus, daß das Eigenthum das Recht auf die ausschließliche thatsächliche Herrschaft und folglich nur insoweit möglich ist, als eine ausschließliche thatsächliche Herrschaft bestehen kann. Eine besondere Feinheit des römischen Rechtes liegt deshalb darin, daß es das frühere Recht an dem eingefügten Theile nur in bedingter Weise, auf den Fall der Trennung, fortbestehen läßt und die Trennungsklage der Vindikation vorausschickt. Das Aufgeben der Unterscheidung von Trennungsklage und Vindikation ist eine entschiedene Vergröberung des Rechts, wie bei Betrachtung des Abschnittes über die Vindikation näher darzulegen. Ist bei der Inhabungseinheit der frühere Zustand nicht wieder herzustellen, so bestimmt sich das Eigenthum nach den Vorschriften über Verbindung und Vermischung. Im Allgemeinen gilt das Prinzip, daß weder die Trennung (§ 898 d. E.), noch auch die Verbindung Einfluß auf das Eigenthum haben.

Bei der Beantwortung der Frage, in wessen Händen die thatsächliche Herrschaft ist, liegt die Gefahr zu großer Anforderungen an den Thatbestand der Sachherrschaft sehr nahe. Dennoch ist es höchst bedenklich, nach dieser Richtung unterweisende Vorschriften zu geben. Für positive Normen und gesetzliche Fiktionen ist kein

Digitized by Google

Platz. Die logische Entwickelung des Herrschaftsbegriffes steht in Frage. In dieser Beziehung sollte der Gesetzgeber dem Richter die Lösung der Aufgabe gänzlich belassen.

Der Entwurf tritt in gewisser Weise mit seinem eigenen Prinzipe der Thatsächlichkeit der Inhabung in Widerspruch. Er giebt auf die Besitzerwerbung sich beziehende Vorschriften, welche lediglich durch die Besorgniß hervorgerufen sind, daß man es mit dem Thatbestandsmomente der Inhabung zu streng nehmen möchte. Solche Bestimmungen finden sich in § 803, Abs. 2, welcher lehrt, daß bei der Räumungserklärung des Tradenten die Zugriffsmöglichkeit ohne das formelle Erforderniß des Zugriffes genüge; ferner in § 810, Abs. 2, welcher die Bedeutungslosigkeit vorübergehender Hindernisse ausspricht. Am bedenklichsten sind die Vorschriften über die possessio absentium am Grundstücke in § 812, § 815, Abs. 3. Wird nichts bestimmt, so ist die Entscheidung über die Wirkung einer längeren Abwesenheit der Person vom Grundstücke unter Berücksichtigung aller Umstände (animus revertendi, für die Zwischenzeit getroffene Veranstaltungen u. s. w.) aus dem Herrschaftsbegriff zu entnehmen. Je nach den Umständen kommt man alsdann zu verschiedenen Ergebnissen. Der Entwurf gelangt zu einem eigenthümlichen vollständig originellen Resultat. Der heimliche Okkupant erhält eine abgeschwächte Inhabung, weil gegen ihn mit Gewalt — nur nicht gegen die Person — vorgegangen werden kann. Dem früheren Inhaber wird dagegen ein abgeschwächtes Wiederbemächtigungsrecht eingeräumt, bei dessen Ausübung er abwarten soll, daß der Andere nicht zu Hause ist. Lauter neue Begriffe. Besonders unhaltbar ist die Ausscheidung einer Gewalt gegen die Person, denn eine jede Gewalt geht gegen die Person. Auch bei der Aufhebung der Inhabung an beweglichen Sachen ohne Willen des Inhabers glaubt der Entwurf § 815 Abs. 2 eingreifen zu sollen. Wird eine Sache weggenommen, so kann sich eine kurze kritische Zeit einschalten, nämlich die Zeit, während welcher der Wegnehmende die Sache aus dem Bereiche fortschafft, innerhalb dessen er die Verfolgung zu fürchten hat. Man braucht nicht die Besorgniß zu hegen, daß der Richter für diese Zeit die Frage der Inhabung zu Gunsten des Wegnehmenden beantworte. Dann aber

Digitized by Google

kommt man zu dem glatten und wünschenswerthen Resultat, daß das Recht des Inhabers zur Gewaltanwendung zeitlich soweit reicht, als die Inhabung fortdauert, und also stets ein Recht der Vertheidigung ist.

Von großer praktischer Bedeutung ist es, daß der Entwurf das Besitzattentat — die verbotene Eigenmacht — als ein Delikt ansieht, dessen Widerrechtlichkeit gegen den Inhaber als solchen sich richtet, auf Grund dessen also nach § 704, Abs. 2 (vgl. Motive III, S. 110) dem Inhaber Schadenansprüche erwachsen. Die Definition der verbotenen Eigenmacht in § 814 ist zwar recht mangelhaft. Wenn es heißt, Niemand dürfe *ohne den Willen* des Inhabers diesem die Inhabung *entziehen* oder denselben darin *stören*, so ist mit dem Ausdrucke „ohne den Willen" und mit den Ausdrücken „Entziehen und Stören" zwei Mal dasselbe gesagt. Gesagt werden sollte, daß jede ohne den Willen des Inhabers erfolgende Einwirkung auf die Sache unter das Verbot falle. Faßt man die Eigenmacht in einem so weiten Sinne auf, so erlangt der Inhaber kraft obligatorischen Rechtes durch das Verbot derselben einen absoluten Schutz nach Außen. In den Bemerkungen des königlich preußischen Justizministers über den Entwurf, welcher auf den Fruchterwerb des Pächters (§§ 901, 902) sich bezieht, wird es als ein Mangel hingestellt, daß die deliktischen Schadenersatzansprüche, welche Folge einer Beschädigung der Früchte seitens dritter Personen sind, lediglich dem Eigenthümer zustehen, während der Pächter höchstens Abtretung dieser für die zerstörte Sache als Surrogate eintretenden Ansprüche (§ 238) verlangen könne. Es wird deshalb an eine Legalzession gedacht. Das Bedürfniß einer solchen Ergänzung des Entwurfes läßt sich bestreiten. Die Beschädigung fällt als ohne Willen des Inhabers erfolgende Einwirkung stets unter den Begriff der verbotenen Eigenmacht und erzeugt die Deliktsobligation, sobald, sei es aus Vorsatz, sei es aus Fahrlässigkeit gegen das Verbot der Eigenmacht verstoßen ist. Bei der Liquidation des Schadens ist der Inhaber in Folge der petitorischen Natur der Deliktsklage nicht possessorisch beschränkt. Der Schaden besteht in der Vermögensdifferenz, welche sich daraus ergiebt, daß der Inhaber die Sache nicht in dem Zustande hat, in welchem er sie ohne die verbotene Einwirkung haben würde. Das

Digitized by Google

Verbot vim ne facias possidenti führt zu Gunsten des Pächters, Miethers, Leihers eine Schutzmauer um die Sache auf, welche, solange die Inhabung dauert, Dritten gegenüber ähnlich wirkt wie eine dingliche Rechtsstellung.

Was die Vorschriften über den Interdiktenschutz betrifft, so ist das Zugeständniß des Interdiktes auch an Nichtinhaber (Besitzer, Oberinhaber, § 821) ein Aufgeben der Grundlage, welches, wie jede Prinziplosigkeit, zu praktischen Schwierigkeiten führt, insbesondere zu einer Konkurrenz der Ansprüche. Die Voraussetzung des Interdiktes ist eine begangene verbotene Eigenmacht, eine Einwirkung auf die Sache ohne Willen des Inhabers. Von dem letzteren hängt es ab, ob er die Handlung einer anderen Person als verbotene Eigenmacht empfinden oder ob er dieselbe nachträglich gutheißen will. Die Motive III S. 128 wollen eine solche nachträgliche Gutheißung des Inhabers den einmal entstandenen Anspruch des Besitzers nicht beseitigen lassen, während man doch zugeben muß, daß die ohne Wissen des Inhabers von einem Dritten an der Sache vorgenommene Handlung erst durch die Auffassung des Inhabers ihren Charakter als verbotene Eigenmacht erhalten kann. Außerdem ist zu erwägen, daß der Anspruch des Besitzers auf Rückgabe an den Inhaber kaum von praktischem Werth sein kann. Der Inhaber steht immer in einem obligatorischen Verhältnisse zu dem Besitzer und dieses Verhältniß ist es, welches den Besitzer einer ordnungsmäßigen Verwahrung und Erhaltung der Sache seitens des Inhabers versichert.

Ferner ist die in § 820 für den Fall der Besitzstörung auferlegte Restitutionspflicht prinzipwidrig. Bei beweglichen Sachen wird hoffentlich im Anschluß an das französische Recht überhaupt von dem überflüssigen Interdiktenschutz abgesehen werden. Das Bedürfniß eines solchen Schutzes beruht allein auf der Möglichkeit, daß die Frage uter possideat zweifelhaft ist und zunächst gelöst werden muß, damit die Rollenvertheilung im Petitorium sich entscheide. Bei beweglichen Sachen kann nun aber der Fall, daß von zwei Leuten ein jeder glaubt, Besitzer der beweglichen Sache zu sein, nach der Natur der Dinge kaum vorkommen. Im Falle der Störung in der thatsächlichen Herrschaft über ein Grund-

Digitized by Google

stück gehorcht der Attentäter dem Gesetz, wenn er weicht und jede Besitzhandlung aufgiebt. Zum Aufhören kann hier möglicher Weise ein Akt erforderlich sein, welcher eine dauernde Thätigkeit, z. B. das Ausstrecken einer zeitweiligen Projektion, beendigt. Wenn man aber die Wiederaufhebung des Resultates einer abgeschlossenen Thätigkeit und Wiederherstellung des früheren Zustandes befiehlt, so verläßt man das Gebiet des possessorium und präjudizirt dem Ausgange des petitorium. Die Vorlage des Redaktors ließ nur eine Unterlassungspflicht bestehen. Die Wiederbeseitigung eines Grabens, einer Mauer u. s. w. auf fremdem Grund und Boden ist Befriedigung eines Schadenersatzanspruches, für welche Ansprüche leider das Prinzip der Naturalrestitution, nicht der ausschließlichen Entschädigung in Geld, angenommen ist (§ 219). Die Naturalrestitution ist immer eine Leistung. Das Besitzstörungs-Interdikt will seiner Natur nach den Störenden nicht zu einer Leistung, sondern nur zu der ferneren Unterlassung von Besitzdelikten anhalten, eine Art von Unterlassung, welche niemals als Leistung aufgefaßt werden kann.

Die Feinheit in § 824, Satz 2, daß die Präklusion der Anschuldigung fremder Eigenmacht nicht eintrete, soweit eine solche Berufung nur zur Rechtfertigung eigener Handlungen als Handlungen erlaubter Selbsthülfe (Mot. III, S. 133) dienen soll, ist unnöthig, wenn in dem Falle der possessio absentium (§ 812) nicht ein ausnahmsweises Selbsthülferecht, sondern einfach Fortdauer der Inhabung und Vertheidigungslage angenommen wird. Nur dieser Fall der erlaubten Selbsthülfe kann hier in Betracht kommen. Bei der Nacheile (§ 815, Abs. 2) liegt die hüben und drüben geübte Gewalt zeitig so nahe zusammen, daß keine Präklusion der Anschuldigung der Eigenmacht lediglich zum Nachtheile des einen Theiles vorkommen kann. Nur in diesen beiden Fällen begründet nach dem Entwurf ein als bereits abgeschlossen angesehener eigenmächtiger Eingriff — clandestina occupatio des Grundstückes, Wegnahme der beweglichen Sache — die Zulässigkeit einer besonderen Art von Selbsthülfe. Zum besseren Verständniß des § 824 muß man sich einen konkreten Fall vorstellen: Am 1. Januar 1880 okkupirt A das in der Inhabung des B befind-

Digitized by Google

liche Grundstück hinter dessen Rücken. Der Entwurf nimmt an, die Inhabung des A sei damit verloren, wenn auch der Besitz nach § 812 bei sofortiger Wiederbemächtigung nach erlangter Kenntniß nicht als unterbrochen gelten soll. Der frühere Inhaber behält aber ein Selbsthülferecht (§ 815, Abs. 3). Am 2. Januar 1881 setzt sich B wieder in die Inhabung, doch darf er allerdings nicht Gewalt gegen die Person anwenden, sondern muß abwarten, daß der heimliche Aufkömmling A nicht zu Hause ist. A macht es nun noch einmal ebenso und wird alsdann von B wegen Besitzentsetzung verklagt. A wird nun behaupten, er habe sich die ihm zu Unrecht entzogene Inhabung erlaubter Weise wieder verschafft, weil B vorher durch heimliche Okkupation ohne seinen des damaligen Inhabers Willen in die Inhabung gelangt sei. Dann liegt casus in terminis des § 824, Satz 2 vor. B hat den Einwand zu begründen, daß seine letzte Wiederbemächtigung nicht verbotene Eigenmacht, sondern erlaubte Selbsthülfe gewesen sei und zur Begründung dieses Einwandes muß er sich auf die über ein Jahr rückwärts liegende von A in der clandestina occupatio geübte Eigenmacht berufen. Solches soll ihm in Ausnahme von § 824, Satz 1 gestattet sein. Eine so verwickelte Regelung muß den Argwohn wach rufen, ob nicht doch eine Schwierigkeit künstlich geschaffen und dann noch künstlicher mit großem Scharfsinn wieder beseitigt sei. Wenn das Gesetz schweigt, so ergiebt sich: Der heimliche Aufkömmling muß in der Sorge leben, daß der Herr zurückkehrt und ihn hinaus wirft. Nach dem Begriffe der Inhabung wird man nicht annehmen können, daß durch die clandestina occupatio die bisherige thatsächliche Gewalt aufgehoben sei, wenigstens entspricht dies dem römischen Rechte, l. 18, § 3, D. de poss. 41, 2., und würde die Inhabung an Grundstücken ohne eine solche Dauerhaftigkeit ein sehr schwankendes Verhältniß sein. Die clandestina occupatio ist also dem bisherigen Inhaber gegenüber — die Relativität ist zuzugeben — ein fortdauernder Angriff; erst wenn der Angegriffene von dem Angriffe Kenntniß erlangt hat, kommt die Sache zur Entscheidung. Der bisherige Inhaber handelt in der Nothwehr, wenn er des Aufkömmlings sich entledigt, denn, solange man ihn als gegenwärtigen Inhaber ansieht, gilt für ihn der Satz § 815,

Digitized by Google

Abs. 1: vim vi repellere licet. Die Vertheidigungslage ist nicht etwa deshalb zu leugnen, weil der heimkehrende Inhaber, welcher seine Hausthüre verschlossen findet, zuerst Gewalt anwenden muß. Gelingt die Wiedervertreibung, so ist die Inhabung niemals unterbrochen, sondern nur angegriffen gewesen. Im gegentheiligen Falle oder wenn der frühere Inhaber timore conterritus unthätig bleibt, ist die Inhabung aufgehoben und muß der Prätor helfen. Da der heimliche Aufkömmling in jedem Augenblicke bis zur Entscheidung verbotene Eigenmacht übt, so kann der bisherige Inhaber, auch wenn das Stadium von der heimlichen Okkupation bis zur Entscheidung länger als ein Jahr gedauert haben sollte, niemals zur Zeit der Entscheidung mit der Geltendmachung der gegnerischen verbotenen Eigenmacht präkludirt sein.

In Ansehung der Terminologie möchte allerdings im Anschluß an die sonstige Reichsgesetzgebung der Gebrauch des Ausdruckes „Besitz" an Stelle des Ausdruckes „Inhabung" vorzuziehen sein. Was der Entwurf „Besitz" nennt, würde dann bezeichnender „Eigenthumsbesitz" heißen.

Wenn man ferner zu der Erkenntniß gelangt, daß die Rechtsnormen, welche auf die Inhabung als Voraussetzung sich stützen, von den Rechtsnormen, bei denen der Besitz die Voraussetzung bildet, gänzlich auseinander fallen, so muß die Spaltung des Abschnittes als geboten erscheinen. In dem „Inhabung" zu überschreibenden Abschnitte würden neben einer Definition und dem Verbote vim ne facias possidenti (§ 814, 815, Abs. 1) die erforderlichen Bestimmungen über das possessorium und zwar wünschenswerther Weise im Anschlusse an die Vorlage beschränkt auf Grundstücke aufzunehmen sein.

Es verdient noch, an dieser Stelle bemerkt zu werden, daß der Entwurf das Recht der Vertheidigung gegen verbotene Eigenmacht nicht auf die Sachinhabung beschränkt. Es muß indessen für prinzipwidrig gehalten werden, daß in § 979 dem Inhaber des Grundstückes gegenüber dem quasi-possessor einer Grunddienstbarkeit das Nothwehrrecht genommen ist. Man kommt damit zu einer possessio duorum in solidum. Die thatsächliche Sachherrschaft läßt sich nicht so spalten, daß sie bezüglich eines be-

Digitized by Google

stimmten Gebrauches des Grundstückes nicht besteht. Der Inhaber, welcher den Eindringling hinauswirft, stützt seine Befugniß dazu nicht auf Argumentationen über sein Recht an der Sache, der Servitutberechtigte leitet dagegen seine Gebrauchsbefugniß aus der Servitutbegründung ab. Es ist ein jus sibi dicere, eine der Regel nach formell unzulässige Selbsthülfe, wenn er mit Gewalt vorgeht. Mithin könnte nur von erlaubter Selbsthülfe die Rede sein. Eine solche aber, ohne daß die Voraussetzungen des § 189 vorliegen, zu gestatten, liegt ein genügender Grund nicht vor. Ein Grund hierfür fehlt, im Vergleich mit dem früheren Recht, um so mehr, als die Grundbucheinrichtung dem Servitutberechtigten die Geltendmachung seines Rechts erleichtert.

§ 2. Besitz.

Wenn man den Besitz (Eigenthumsbesitz) nicht in allen Fällen als mit der Inhabung verknüpft und zwar als mittelbare Inhabung durch den alienae possessioni ministerium praestans detentor ansieht, wie nach römisch rechtlicher Auffassung nahe liegt, so scheidet sich der Besitz vollständig von der Inhabung. Nach den Motiven III, S. 78 ist der Besitz nur eine Prämisse, welche von den Eigenthumsnormen verwerthet wird. Bei der Definition des Besitzes wird man deshalb die Eigenthumsnormen im Auge haben müssen. Als eine Art der Inhabung mit besonderer Qualifikation des Willens darf man nach dem Standpunkte des Entwurfes den Besitz nicht auffassen, denn auch der Nichtinhaber kann Besitzer sein. Diese Lage der Sache wird durch § 797 („der Besitz einer Sache wird erworben durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache [Inhabung] in Verbindung mit dem Willen, die Sache als die seinige zu haben [Besitzwille]") geradezu verdunkelt, denn aus dieser Vorschrift scheint sich der Besitzer als Inhaber mit qualifizirtem Herrschaftswillen darzustellen. Besitzer ist derjenige, in dessen Anerkennung als Herrn der Sache und (um den Satz ignoranti non acquiritur possessio aufrecht zu erhalten) mit dessen Einverständniß die thatsächliche Gewalt von dem Inhaber ausgeübt wird. Gesetzgeberisch werden der Deutlichkeit wegen die Fälle der Inhabung und der Nichtinhabung besser auseinander-

Digitized by Google

zuhalten sein. Folgende Fassung, welche an die ursprüngliche Redaktorenvorlage sich anschließt, läßt sich empfehlen:

„Der Inhaber ist Besitzer, es sei denn, daß er die thatsächliche Gewalt über die Sache in Anerkennung eines Anderen als Eigenthümers der Sache im Einverständniß mit diesem ausübt. Letzterenfalls ist jener Andere Besitzer."

Die Motive III, S. 95 erkennen bei Behandlung der Uebergabe durch Anweisung und S. 97 für den Fall des Konstitutes an, daß jene Anerkennung und jenes Einverständniß rein thatsächlicher Natur, innere Thatsachen, sind und daß der Besitz Folge einer thatsächlichen Gestaltung und nicht etwa eine um ihres Gewolltseins willen eintretende Folge eines Rechtsgeschäftes sei. Dann aber ist die Frage nach dem Besitze Sache thatsächlicher richterlicher Feststellung und ist kein Raum für eine gesetzliche Normirung, welche entweder rein erklärender Natur ist oder einer richtigen thatsächlichen Beurtheilung Zwang anthun würde. Mit der Definition ist ein genügender Anhalt zu der Lösung der Frage gegeben, ob in einem gewissen Augenblicke Besitz vorhanden ist oder nicht. Man muß den Muth haben, alles Weitere der Rechtswissenschaft und Praxis zu überlassen. Die in den Entwurf aufgenommenen Bestimmungen über Erwerb und Verlust des Besitzes sind überflüssig oder bedenklich. § 798: Ist Eigenthum unmöglich, so ist die Besitzfrage gleichgültig; der Gesetzgeber braucht deshalb über diesen Fall keine Betrachtung anzustellen. § 799: Der Mitbesitz ist eine thatsächliche Gestaltung, deren Möglichkeit nicht von einer gesetzlichen Zulassung abhängt. § 800: Weshalb die Frage des Besitzerwerbes der Kinder durch einen gesetzgeberischen Machtspruch entscheiden? § 801: Auf den Besitzerwerb sollen die Vorschriften über die Vertretung bei Rechtsgeschäften Anwendung finden. Die Vorschrift führt zu falschen Ergebnissen, auf welche schon früher hingewiesen ist, vgl. S. 3. In den Fällen der Tradition kommen die Vorschriften über rechtsgeschäftliche Vertretung in Ansehung des dinglichen Vertrages zur Anwendung. Bezüglich des Besitzerwerbes findet nicht eine Vertretung desjenigen, für welchen die Sache in Empfang genommen wird, statt, sondern der Thatbestand des Besitzes tritt in Folge der Anerkennung des Inhabers und

Digitized by Google

des Einverständnisses zwischen diesem und dem Erwerber ohne jedes Eingreifen der positiven Vorschriften über Stellvertretung ein.

Der § 802, welcher besagt, daß der Besitz einer Sache ohne den Willen des bisherigen Besitzers von einem Anderen nur durch solche Handlungen erworben werden kann, durch welche dem bisherigen Besitzer der Besitz entzogen wird, enthält lediglich eine Betrachtung — der Unmöglichkeit einer possessio plurium in solidum — ohne gesetzgeberischen Gehalt.

Die §§ 803—805 behandeln den konsensualen Besitzwechsel oder den Besitzerwerb mittels Uebergabe. Die Qualifikation dieser Art der Besitzveränderung liegt darin, daß der Tradent,

1. wenn er Inhaber ist, a. entweder mit Richtung auf den Empfänger die Räumungserklärung abgiebt und damit für diesen aber auch nur für diesen die Gelegenheit schafft, den Besitzwillen zu fassen und die Sache in ein die beliebige Verfügung gestattendes Verhältniß zu sich zu bringen, oder b. seinen Willen bezüglich der Sache dergestalt umstimmt, daß er fortan in Anerkennung des Empfängers als Herrn der Sache und im Einverständniß mit diesem die thatsächliche Gewalt über die Sache ausübt (constitutum possessorium),
2. wenn er nicht Inhaber ist, sondern einen ihn als Herrn anerkennenden Inhaber hat, entweder diesen Inhaber in Richtung auf den Erwerber umstimmt oder, wenn der Erwerber selbst Inhaber war, diesem die Aenderung des eigenen Willens freigiebt.

Nur Vorgänge realen Geschehens stehen in Frage, wobei allerdings auch die Realität innerer Thatsachen anzuerkennen ist. Mit der Definition des Besitzes ist für Praxis und Wissenschaft die Möglichkeit eines Einblickes in alle Fällen des konsensualen Besitzwechsels gegeben. Die um deswillen lediglich erläuternden und damit die Grenze der Gesetzgebung überschreitenden Vorschriften geben zu vielen Bedenken Anlaß.

§ 803 Abs. 1: Tradirt der Inhaber, ohne sich vorher nach § 813 Abs. 2 von dem Besitzer losgesagt zu haben, so fehlt der konsensuale Besitzwechsel. Dieses Resultat ist unhaltbar und wird später § 874 Abs. 2 korrigirt. Der Fehler liegt aber wohl mehr

Digitized by Google

in § 813 Abs. 2, welcher verhindert, daß der tradirende Inhaber durch seinen Entschluß zum Besitzer wird.

Der Besitzer, welcher nicht Inhaber ist, bleibt bezüglich der Tradition abhängig von dem guten Willen des anzuweisenden Inhabers. Die Folge ist, daß zu Pfandrecht oder Nießbrauch oder zu obligatorischem Rechte ausgethane bewegliche Sachen unveräußerlich sind. Ebenso ist der Mitinhaber bei der Veräußerung seiner Quote und dem hierzu erforderlichen Traditionsakte von der Einwilligung der Genossen abhängig. Solches entspricht dem gemeinen Rechte und ist zur Klarhaltung der dinglichen Rechtsverhältnisse im höchsten Maße zweckmäßig. Auch der Entwurf erkennt dieses oft als drückend bezeichnete Ergebniß an. Dabei wird indessen dem Angewiesenen eine Widerspruchspflicht unter dem Präjudiz der Zustimmung auferlegt. Für eine solche Belastung fehlt ein jeder juristische Grund. Den Angewiesenen würde die Gefahr treffen, daß seine Widerspruchserklärung ihre Adresse nicht erreicht, eventuell würden demselben auch die Kosten einer etwa nothwendigen öffentlichen Zustellung zur Last fallen, während doch denselben die ganze Angelegenheit nichts angeht.

Die Streichung der §§ 806 bis 813, welche erschöpfend die Endigungsarten des Besitzes bestimmen wollen, ergiebt sich als nothwendig mit Rücksicht auf die thatsächliche Natur des Besitzes. Letztere verbietet dem Gesetzgeber zu sagen, so und nicht anders *solle* der Besitz endigen. In § 813 tritt das Bestreben hervor, dem bisherigen Besitzer den Besitz zu erhalten, wenn der Inhaber lediglich den Willen ändert. Solchenfalls verliert der Besitz seine Grundlage, das Anerkanntsein durch den Inhaber. Eine ungerechte Benachtheiligung des Besitzers kann aber sich nicht ergeben, denn die vortheilhafte Beweislage des bisherigen Besitzers gegenüber dem Inhaber und demjenigen, auf welchen der Besitz ohne Willen des bisherigen Besitzers übergegangen ist, bleibt bestehen. Nur der materielle Vortheil des Fruchterwerbes des redlichen Besitzers könnte in Frage kommen. Nach dem Entwurfe würde das Recht des redlichen Besitzers auf die Früchte auch dann noch fortdauern, wenn der wahre Eigenthümer bei dem Inhaber sich gemeldet hat, von diesem anerkannt ist und dem mittels constitutum possessorium

Digitized by Google

restituirenden Inhaber die Sache einstweilen belassen hat. Es fragt sich, wer leiden soll, der Besitzer, welcher bis zur Benachrichtigung glaubt Besitzer und zum Fruchterwerbe berechtigt zu sein oder der Eigenthümer, welcher dem von ihm vielleicht für den Besitzer gehaltenen Inhaber seine Sache fernerhin gegen Anerkennung seines Rechtes anvertraut hat. Nach der hier gegebenen Definition des Besitzes würde die Entscheidung für den Eigenthümer ausfallen. Eine Ungerechtigkeit möchte hierin nicht zu erkennen sein. In Veräußerungsfällen ist der bisherige Besitzer gegen den Verlust des Eigenthums bei Uebergabe durch constitutum possessorium seitens des in seinem Namen detinirenden Inhabers in Folge der Vorschriften des Entwurfes über den Erwerb in gutem Glauben geschützt, da für diesen Fall in § 879 eine Ausnahme bestimmt ist. Der Nichterwerb des Eigenthums verhindert allerdings nicht den Besitzerwerb; es würde mithin dem Erwerber als Besitzer das Fruchtrecht zustehen. Doch kommt es darauf an, ob der Richter die Besitzveränderung als durch constitutum possessorium wirklich eingetreten ansieht. War es dem Konstituenten nur um Betrug zu thun, ist also anzunehmen, daß sein Detentionswillen in Wirklichkeit nicht umgestimmt ist, so fehlt die reale Grundlage für eine Besitzveränderung, denn die Vorschrift des § 194, daß der Mangel des ernstlichen Willens erst bewiesen werden müsse, gilt nicht für den nackten thatsächlichen Vorgang der Besitzveränderung.

§ 3. Mit dem Besitze verbundene Beweislage. § 825.

Besitz ist das thatsächlich in Anerkennung stehende Eigenthum. Die Möglichkeit bleibt, daß das thatsächlich anerkannte Recht nicht bestehe. Das Eingetragensein im Grundbuche ist gleichfalls eine Bekundung der thatsächlichen Anerkennung des eingetragenen Rechtes. Ein Zusammenhang zwischen Besitz und Eintragung wird darin ersichtlich, daß die Grundlage für die erste Anlegung der Grundbücher in dem Besitzstande gesucht werden muß. Die Eintragung ist eine vollkommnere Art der Erscheinungsweise des Rechts nicht nur wegen der größeren Seltenheit einer Unrichtigkeit als auch um deswillen, weil dingliche Rechte

Digitized by Google

aller Art zur Erscheinung gebracht werden können, während die thatsächliche Sachherrschaft nur das Eigenthum wiederspiegelt. Der Inhaber erscheint zwar zunächst als Besitzer, aber wenn feststeht, daß er bloßer Inhaber ist, so läßt die alleinige Thatsache der Inhabung nicht ersehen, ob die Sache kraft dinglichen oder obligatorischen und kraft welchen Rechtes detinirt wird.

An den Eigenthums-Schein des Besitzes — von der Eintragung ist hier vorläufig abgesehen — knüpfen sich Rechtsnormen nach einer doppelten Seite hin. Die eine Rechtsnorm lautet zu Gunsten desjenigen, welcher im rechtsgeschäftlichen Verkehr den Besitzer für den Eigenthümer genommen hat und läßt Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte, deren Wirksamkeit eigentlich das Eigenthum des Besitzers voraussetzen würde, trotz des Nichteigenthumes desselben wirksam sein, wenn der gute Glaube nicht gefehlt hat. Die andere Rechtsnorm lautet zu Gunsten des Besitzers, erspart demselben den Eigenthumsbeweis und läßt diese Begünstigung im Falle des Verlustes des Besitzes ohne den Willen des Besitzers fortdauern.

1. Der Besitzer *gilt* als Eigenthümer. Diesen Satz hat der Entwurf nur an einer Stelle für einen bestimmten Fall ausgesprochen. § 1195 Abs. 2: „Im Verhältnisse zwischen dem Pfandgläubiger und dem Eigenthümer des Pfandes gilt zu Gunsten des Pfandgläubigers der Verpfänder so lange als Eigenthümer des Pfandes, als dem Pfandgläubiger nicht bekannt gewesen, auch nicht in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, daß dem Verpfänder das Eigenthum nicht zusteht."

Durch die letztere Vorschrift wird, wie in den Mot. III S. 843 hervorgehoben, die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen bestimmt, welche der Regel nach wegen mangelnden Rechtes des Verpfänders unwirksam sein würden. Der Pfandgläubiger darf also in dem obwaltenden Legalschuldverhältnisse, in welchem die Gläubigerschaft durch das Eigenthum bestimmt wird, den Verpfänder für den Eigenthümer ansehen. Zahlungen an den Verpfänder liberiren den Pfandgläubiger; bei der Restitution tritt mora accipiendi ein, wenn der Verpfänder nicht annimmt. Durch die Einwilligung des Verpfänders wird der Pfandgläubiger

Digitized by Google

bei allen das Pfand betreffenden Maßnahmen gedeckt, wie wenn der Eigenthümer eingewilligt hätte.

Bei dem Funde trat auch an den Entwurf die Frage heran, ob nicht der Besitzer, hier der letzte Besitzer oder Verlierer, als Gläubiger in dem Schuldverhältnisse anzusehen sei, in welches der Entwurf den Finder gegenüber dem Eigenthümer eintreten läßt. Das Richtige wäre gewesen, hier immer von dem Eigenthümer als Gläubiger zu reden, nur muß alsdann eine allgemeine Bestimmung aufgenommen sein, welche den rechtsgeschäftlichen Verkehr mit dem für den Eigenthümer genommenen Besitzer schützt. Statt dessen redet der Entwurf in § 910 von dem Verlierer oder Eigenthümer als den von dem Finder zu benachrichtigenden Personen und später von dem Empfangsberechtigten.

Eine allgemeinere Vorschrift der angedeuteten Art hat der Entwurf nur im Grundbuchrechte für den Fall der Eintragung in § 838 gegeben. Hier werden alle Rechtsgeschäfte, deren Wirksamkeit davon abhängt, daß dem Eingetragenen das für denselben gebuchte Recht zusteht, für wirksam erklärt. Das Gleiche soll auch für Leistungen und — nach § 837 — für den Rechtserwerb im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung gelten.

Es werden also zur Wirksamkeit gebracht

a) Einseitige Rechtsgeschäfte, welche gegenüber dem Eingetragenen vorgenommen werden, wie Kündigungen, Mahnungen;
b) Rechtsgeschäfte, welche von dem Eingetragenen vorgenommen werden, seien es einseitige Rechtsgeschäfte oder Verträge, an welchen der Eingetragene sich betheiligt hat;
c) Rechtshandlungen, wie Exekutionsmaßregeln, welche ein Pfandrecht, oder wie Leistungen, welche dem Leistenden Liberation verschaffen.

Eine gleich allgemeine Vorschrift für den Besitzfall würde etwa lauten:

„Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, deren Wirksamkeit davon abhängt, daß sie von oder gegenüber dem Eigenthümer vorgenommen werden, sind wirksam, wenn sie von oder gegenüber dem Besitzer vorgenommen sind. Diese Vorschrift findet zu Gunsten des Eigenthümers keine Anwendung, wenn derjenige, welchem gegen-

Digitized by Google

über oder von welchem das Rechtsgeschäft oder die Rechtshandlung vorgenommen ist, von dem Rechtsmangel in der Person des Besitzers Kenntniß hatte oder ohne grobe Fahrlässigkeit gehabt haben würde."

Dabei ist dann allerdings noch zu bemerken, daß auf Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen deren Wirksamkeit davon abhängt, daß sie gegenüber dem Eigenthümer eines Grundstückes vorgenommen werden, die vorbezeichnete Vorschrift nur insoweit Geltung hat, als die Vorschriften über Rechte an Grundstücken für deren Geltung Raum lassen; denn diese letzteren Vorschriften sind die höheren Rechtsregeln. Bei allen gebuchten Grundstücken soll man den als Eigenthümer Eingetragenen im rechtsgeschäftlichen Verkehre für den wirklichen Eigenthümer nehmen. Verließe man sich lediglich auf den Besitz, so würde hierin eine grobe Fahrlässigkeit, die Nichtbenutzung eines bereiten Erkenntnißmittels liegen. Der Besitzstand entscheidet also nur insoweit, als das Grundbuch im Stiche läßt.

Die Aufnahme einer solchen allgemeinen Vorschrift würde materiell den in dem Entwurfe niedergelegten Anschauungen im Wesentlichen entsprechen, nur daß der Entwurf im Mobilienrechte bei den Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, den Umstand des guten Glaubens in die Voraussetzung und nicht den Umstand der mala fides in die Ausnahme stellt, wie letzteres im Immobilienrechte geschieht. Diese Abweichung des Mobilienrechtes von dem Immobilienrechte ist aber auch nicht zu billigen und führt zu Unklarheiten, insbesondere zu der Anforderung, daß außer dem Besitzstande noch eine andere Grundlage des guten Glaubens dargethan werde. Als eine solche Grundlage wird die obligatorische causa der Tradition Mot. III S. 347 angeführt; aber wie kann diese causa dienlich sein, um den Glauben an das Recht des Veräußerers zu stärken, da die obligatorische Verfügung in ihrer Wirksamkeit von dem dinglichen Rechtsbestande unabhängig ist?

Man kann recht wohl zweifeln, ob die Aufnahme einer solchen allgemeinen Bestimmung räthlich ist, oder ob man der Wissenschaft und Praxis die Auffindung überlassen soll. Man wird indessen

Digitized by Google

im Mobilienrechte wagen können, was man im Immobilienrechte gewagt hat. Die weitreichende praktische Bedeutung ist nicht zu verkennen.

Aus der Vorschrift, wie sie vorgeschlagen, würde über den Entwurf hinaus sich noch ergeben, daß, analog wie im Immobilienrechte, auch die Begründung des Exekutionspfandrechtes und des Arrestpfandrechtes durch den guten Glauben an das Eigenthum des Besitzers gedeckt wird. Hierin liegt aber auch keine Uebertreibung. Sobald der Exequende sein Eigenthum leugnet und in Folge dessen angiebt, er sei bloßer Inhaber, liegt die Voraussetzung der Exekution gegen den Besitzer nicht vor. Geht man nicht soweit, so ist der Gläubiger stets in Gefahr, daß ihm nachträglich der Erlös aus einer fremden Sache von dem Eigenthümer im Wege der Kondiktion abgeholt wird. Man wird also das Sich-abpfänden-lassen dem Selbst-verpfänden, was den Erwerb des Pfandrechts in gutem Glauben betrifft, gleichzusetzen haben.

2. Beweisvortheil des Besitzers. Die richtige Ansicht wird wohl diejenige sein, nach welcher bei Erhebung von Ansprüchen, welche das Eigenthum zur Grundlage haben, die Angabe, wie der Petent einstmals zum Eigenthume gekommen sei, nicht zu der nach der Prozeßordnung erforderlichen Individualisirung des Anspruches erforderlich sei.[1]) Nur die allgemeine Behauptung ist erforderlich, daß der Kläger zu dem maßgebenden Zeitpunkte das Eigenthum gehabt habe; dann muß allerdings eine thatsächliche Grundlage, auf welche die Eigenthumsbehauptung sich stützen läßt, beigefügt werden. Eine thatsächliche Begründung, welche die Richtigkeit der Eigenthumsbehauptung für den erforderlichen bestimmten Zeitpunkt ergiebt, ist sehr schwierig. Wird auch eine originäre Erwerbsart dargethan, so bleibt doch ungewiß, ob nicht das Eigenthum inzwischen weiter veräußert sei. Diese Negative ist kaum jemals voll zu beweisen. Schweigt das Gesetz über Begründung und Beweis der Eigenthumsbehauptung, so wird das richterliche Ermessen Wahrscheinlichkeitsgründe benutzen und hierbei den Besitz-

1) Anders freilich eine weitverbreitete Praxis, welcher auch die Mot. III 134, 135, 396 folgen, aber die Kritiken, Zusammenstellung III S. 194 entgegenzutreten scheinen. Vgl. Unger, System Bd. 2 § 132 Note 78.

Digitized by Google

stand verwerthen, wie solches im Gesetze für Spezialfälle (Grenzverwirrung, Erbschaftsklage ꝛc.) geschieht (§ 852, § 2081 Nr. 1). Es fragt sich, ob dieses richterliche Ermessen bezüglich der Maßgeblichkeit des Besitzstandes zu binden sei.

Der Entwurf giebt nur die Spezialvorschriften in § 825 und § 1195 Abs. 1.[1]) Eine Verwerthung bei der Vindikation wird in den Mot. III S. 430 abgelehnt.

Daß der Besitzer gegenüber seinem Inhaber seine Eigenthumsbehauptung nicht zu erweisen braucht, geht aus dem Wesen des Besitzes durch Andere hervor, da eine Anerkennung des Eigenthums des Besitzers durch den bloßen Inhaber vorausgesetzt wird, ein Beweismoment, welches dadurch an Stärke nicht verliert, daß der bloße Inhaber später anderer Ansicht wird. Ebenso klar ist, daß die an der Sache vorgenommenen unerlaubten Handlungen Dritter als Eigenthumsverletzungen erscheinen, welche gegen den Besitzer als den Verletzten sich richten. Dann ist aber der Wahrscheinlichkeitssatz richtig, der Besitzer sei als Eigenthümer zu vermuthen, solange sein Besitz dauere; und zwar ist dieser Wahrscheinlichkeits-Satz in einem Maße richtig, daß er verdient, mit bindender Kraft für den Richter ausgestattet zu werden.

Aus diesem Satze ergiebt sich mit Nothwendigkeit der Folgesatz, daß der Besitzwechsel der Regel nach als Wechsel des Eigenthumes erscheint, ein Folgesatz, welcher in den Vorschriften über Gewährung des veräußerten Rechtes dahin verwerthet wird, daß die formelle Erfüllung durch Tradition bis zur Geltendmachung des Rechts eines Dritten als Rechtsverschaffung erscheint (vgl. §§ 374, 375). Des Weiteren ergiebt sich der Folgesatz, daß bei Aufdeckung einer solchen Verlustart, welche einen begleitenden Eigenthumswechsel ausschließt (ohne Willen oder zwar mit Willen aber mit einem nicht zur Eigenthumsübertragung ausreichenden Willen,

---

1) § 825: „Hat Jemand den Besitz einer Sache verloren oder wird diese während seines Besitzes beschädigt, so wird vermuthet, daß sein Vermögen im ersten Falle um den Werth der Sache, im zweiten Falle um die Verringerung des Werthes derselben vermindert sei."

In § 1195, Abs. 1 wird die Vermuthung des Eigenthumes des Verpfänders im Verhältnisse zum Pfandgläubiger zu Gunsten des ersteren aufgestellt

Digitized by Google

z. B. wegen eines obwaltenden Irrthums), die Eigenthumsvermuthung unverändert bei dem Verlierenden verbleibt und zwar gegenüber aller Welt. Die Zusprechung einer solchen Beweislage enthält keineswegs, wie die Mot. III S. 430 vermeinen, eine Verdinglichung von Delikts- oder Kondiktionsansprüchen. Nur das Resultat einer Wahrscheinlichkeitsrechnung wird durch eine Beweisvorschrift dem Richter auferlegt. Man darf auch nicht von einem deutschrechtlichen besonderen Standpunkt reden, aus welchem heraus demjenigen, welcher den Besitz ohne seinen Willen verloren hat, geholfen wird. Die deutschrechtliche Auffassung, welche von Gierke und Cosack vertheidigt wird (Gierke, der Entw. ꝛc. S. 349, Cosack, Beitr. Heft 13, S. 39—44), ist nicht einem anderen besondern Systeme entnommen, sondern enthält eine unvollkommenere, nicht bis zu Ende gehende Durchführung der bezeichneten Wahrscheinlichkeitsrechnung.

Der Entwurf will die exceptio de jure tertii durch die auch dem Eigenthümer zu Gebote stehende über das römische Recht hinaus auf den redlichen Besitzerwerb im Allgemeinen ausgedehnte publizianische Rechtsposition ausschließen. Dadurch, daß der Einwand der mala fides frei bleibt, kann man die exceptio de jure tertii nicht als indirekt zugelassen ansehen; denn der Kläger kann das Recht des Anderen dahin gestellt sein lassen und nur seine Wissenschaft verneinen. Der Nachweis des jus tertii in seinem objektiven Bestande nützt also dem aus § 945 in Anspruch genommenen Gegner an sich noch nichts, sondern nur das subjektive Verhältniß des Klägers zu dem jus tertii kommt in Betracht. Die römische actio Publiciana ist in dem Entwurf dadurch erledigt, daß der gutgläubige Erwerber nicht erst in die Usukapionslage gelangt, sondern, wie wenn die Usukapion schon vollendet wäre, Eigenthum erhält. Das Neugebilde der eigenartigen publizianischen Rechtsposition des Entwurfes hat in der Kritik keinen Anklang gefunden und ist wohl ohne weitere Bekämpfung als überwunden anzusehen. Aber ein Ausschluß der exceptio de jure tertii muß auch als ungerechtfertigt angesehen werden. Der Delinquent oder der Inhaber, welcher auf das Eigenthum eines Dritten ohne Inanspruchnahme eigenen Rechts sich beruft, ist bewußter Nichteigenthümer, und, wenn er besitzt, malae

Digitized by Google

fidei possessor. Er steht vermöge Deliktes oder mala fides in einem Obligationsverhältnisse zu dem wahren Eigenthümer, welches ihn verpflichtet, die Legitimation des sich Meldenden zu prüfen, damit nicht an einen Unberechtigten geleistet werde. Wird aber eine Verbindlichkeit zur Prüfung der Legitimation des sich meldenden Eigenthümers auferlegt, so muß auch ein Recht zur Bestreitung der Legitimation ex jure tertii, das heißt des wirklichen Eigenthümers verstattet werden. Nach § 945 würde folgender Fall denkbar sein: Ein Geisteskranker, dessen Zustand dem Empfänger entgeht, tradirt schenkungshalber. Hernach kommt die Sache aus den Händen des Beschenkten in die Hände einer mit dem Sachverhältniß vertrauten Person. Diese Person ist verpflichtet, dafür zu sorgen, daß die Sache in die Hände des Kurators des Kranken oder vielleicht dessen Erben kommt. Wird dieselbe von dem Beschenkten angegriffen, so würde eine große Erschwerung der Rechtvertheidigung daraus sich ergeben, wenn der Angegriffene nur im Wege der litis denunciatio den Interessenten Gelegenheit zum Selbstschutz ihrer Rechte geben könnte. In denjenigen Fällen, in welchen der Inhaber zufolge des Obligationsverhältnisses, in welchem er zu dem ihm unbekannten Eigenthümer steht, zu einer sorgfältigen Prüfung der Legitimation der sich Meldenden verpflichtet ist, liegt immer zugleich ein jus proprium vor, wenn auf das jus tertii verwiesen wird, nämlich das eigene Recht auf Liberation. Wird verschuldeter Weise an einen Nichtberechtigten herausgegeben, so bleibt der Herausgebende dem Berechtigten verhaftet und wird nicht liberirt. Die exceptio de jure tertii ist deshalb in keinem Falle lediglich ein exceptio de jure tertii, sondern berührt das eigene Interesse des Beklagten.

Daß bei mehrfachem Besitzwechsel ohne Eigenthumsveränderung der frühere Verlustträger den Vorzug hat, ergiebt sich aus dem inneren Grunde der Rechtsvermuthung.

Wird die Beweiserleichterung in dem hier befürworteten Umfange bestimmt [1]), so fragt sich, ob daneben noch Raum bleibt für

1) In der Sachenrechtsvorlage §§ 199, 200 war dieselbe nur in einem beschränkten Umfange bestimmt.

Digitized by Google

eine andere Art des Beweises des Eigenthums an beweglichen Sachen. Wollte man diese Frage verneinen, so würde ein jeder Eigenthümer Nachtheil leiden, welcher die Art seines Besitzverlustes nicht aufzudecken vermag. Schweigt das Gesetz, so bleibt dem richterlichen Ermessen freier Raum. Es ist alsdann der Schluß auf gegenwärtiges Eigenthum, welcher auf den Eigenthumserwerb sich gründet, immer noch zulässig. Allerdings wird hierbei der Behauptung, die Sache sei nicht veräußert, erst einmal geglaubt, dieser Glaube ist indessen, wenn der Beklagte es unterläßt, über seinen Erwerb Auskunft zu geben, kein haltloser. Deshalb wird es am zweckmäßigsten sein, zwar die in dem Besitze und Besitzverluste sich gründenden Vermuthungen im Gesetze auszusprechen, aber nicht so, daß dieser Weg als der allein mögliche Weg des Eigenthumsbeweises bezeichnet wird.

3. condictio possessionis. Eine eigenthümliche Stellung hat der Entwurf zu der condictio possessionis eingenommen. Früher lag der Gedanke, die Kondiktion als ein Schutzmittel für den Besitz zu betrachten, fern. Bruns, Besitz im Mittelalter, S. 29, sprach diesen Gedanken, soviel bekannt, zuerst aus. In den neueren Gesetzgebungen ist dieser Gedanke nicht verwerthet. Im römischen Rechte tritt die condictio incerti (possessionis) an Stelle der condictio certi (rei) in solchen Fällen, in welchen die strengeren Voraussetzungen der letzteren nicht erfüllt werden, das spätere Recht aber doch Hülfe schaffen wollte. Zu jenen strengeren Voraussetzungen gehörte, daß ein datum certae rei seitens des Eigenthümers — nicht ein zufälliger Inhabungswechsel z. B. durch importatio fluminis — vorliegen mußte. Die condictio certi war auf dare oportere gerichtet, einfache Rückgängigmachung des Eigenthumsüberganges, die condictio incerti ließ Raum für eine nähere Ermittlung des Objektes und war deshalb den mit einer pluris petitio verbundenen Gefahren nicht ausgesetzt. Alle diese Unterschiede sind im modernen Kondiktionsrechte hinweggefallen; man kann jetzt in allen Fällen von einer condictio rei reden, auch da, wo kein datum vorliegt, sondern der Zufall die Sache von einer Hand in die andere gebracht hat. Zunächst, wenn die Sache vorliegt, wird der Verlierer allen Personen gegenüber, an welche

Digitized by Google

die Sache (ohne inzwischen eintretenden originären bona fide-Erwerb) gelangt, vindiziren können; der Effekt der Bereicherung in Folge Erlangung der Sache ist gehemmt, solange die Sache vindizirbar ist. Ist die Sache untergegangen oder sonst — bei bona fide-Erwerb eines dritten — nicht vindizirbar geworden, so kann hierdurch ein Vortheil im Vermögen des Besitzers zurückgeblieben sein (Verbrauchs-Vortheil, Veräußerungs-Entgelt). Damit hat die Kondiktion, welche durch die Erlangung der Sache begründet war, einen Gegenstand gewonnen. Die nicht auf ein datum gestützte Kondiktion des § 748 („sonstiges grundloses Haben") kann (abgesehen von den unmittelbar auf Gesetz beruhenden Vermögensveränderungen) nur einen Besitzwechsel ohne Eigenthumswechsel zur Grundlage haben, denn ein Uebergang aus einem Vermögen in das andere Vermögen kann, da nemo de mero jure detruditur, nur mit Willen des Verlierenden durch ein Leistungsgeschäft geschehen, mit einziger Ausnahme des als Eigenthumswechsel erscheinenden Besitzwechsels. Die Motive II S. 851 erwähnen als Fall eines auf rein thatsächlichem Wege sich vollziehenden Vermögensüberganges den Fall, daß ohne Rechtsgrund Dienste geleistet werden. Für diesen Fall wird aber nicht die condictio sine causa am Platze sein, sondern werden die vorher bestimmten ein Erfüllungsgeschäft voraussetzenden Kondiktionen in Betracht kommen.

Bei der Vermögensveränderung durch Besitzwechsel braucht die Sache nicht unmittelbar aus dem früheren Besitze in den Besitz des Kondiktionspflichtigen gelangt sein; ein Durchgang durch den Besitz anderer Personen (ohne Eigenthumserwerb) bleibt denkbar. Man sollte sich aber recht hüten, Besitz oder gar Inhabung (§ 737, Abs. 2) als Gegenstand der Kondiktion zu bezeichnen. Ueber den Vermögenswerth des Besitzes, quanti interest possidere, sagt Ihering, Jahrb. für Dogm., Bd. 9, S. 81, Anm. 101, er wünsche nicht mit einer solchen Schätzung befaßt zu werden. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, Bd. 2, S. 247 meint, den römischen Richtern sei ein völlig unkontrollirtes Arbitrium gegeben. Bruns, Besitzklagen, S. 198, hält die Frage nach dem Vermögenswerthe des Besitzes zwar in einzelnen Fällen für fast unlösbar und höchst schwierig, verzweifelt indessen nicht gänzlich an der Aufgabe und

Digitized by Google

glaubt, daß die juristische Spekulation, wenn sie zu völliger Reife gediehen, derselben gewachsen sei. Brinz endlich, Pand. 2. Aufl., § 124, leugnet geradezu den Vermögenswerth des Besitzes und hält **nur die Festsetzung einer Buße bei Besitzattentaten für ausführbar.** Ist es denn aber nothwendig, in der neuen Gesetzgebung solche Räthsel aufzugeben? Der Entwurf redet in Ansehung des Vermögens und der Gemeinschaft von „Gegenständen" (z. B. §§ 763, 2081) und will unter Gegenstand nicht blos Rechte (vergl. § 762), sondern auch Besitz und Inhabung und vielleicht noch ein unbekanntes Anderes verstehen (vergl. Mot. II, S. 874 zu § 762). Wo wirklich Gebrauch gemacht wird von dieser Auffassung, wie in § 817 [1]), kommt eine Unrichtigkeit heraus; im Uebrigen werden unnöthige Räthsel aufgegeben.

Das Ergebniß der vorstehenden Ausführungen würde sein, daß neben den Abschnitt „Inhabung" ein Abschnitt „Besitz" zu stellen ist. In diesen wären nur die Definition und Vorschriften erstlich über den Schutz Dritter, welche im Vertrauen auf das Eigenthum des Besitzers handeln und zweitens über die Rechtsvermuthung zu Gunsten des Besitzers aufzunehmen. Daneben scheint allerdings noch eine Vorschrift ihre richtigere Stellung in diesem Abschnitte zu finden, nämlich die Vorschrift über den Fruchterwerb des redlichen Besitzers § 900. Gegen die Regelung dieses Punktes im Entwurfe lassen mehrfache Bedenken sich geltend machen.

§ 4. Fruchterwerb des redlichen Besitzers.

Folgende Bedenken sind hervorzuheben:

In dem Abschnitte über den Erwerb des Eigenthums an Erzeugnissen ꝛc., wo, § 900, die Vorschrift über den Fruchterwerb des redlichen Besitzers, sich findet, wird darüber bestimmt, wann und wie dinglich und obligatorisch Berechtigte an Früchten Eigenthum gewinnen; für die Verleihung eines Rechtes auf die Früchte

1) „Haben Mehrere eine Sache oder einen Theil einer Sache gemeinschaftlich inne, so sind Handlungen eines Theilhabers, welche über die in § 765 bezeichnete Gebrauchsbefugniß hinausgehen oder einen anderen Theilhaber in dieser Gebrauchsbefugniß hindern, als verbotene Eigenmacht anzusehen." Hierdurch ist eine petitorische Frage hineingezogen.

Digitized by Google

ist in diesem Abschnitte kein Raum. Wie der Beweis-Vortheil, so ist auch der Frucht-Vortheil in dem Abschnitte über den Besitz zu bestimmen.

Dann fehlt dem Entwurfe ein das Recht des Besitzers erläuternder und begrenzender Grundgedanke. Die Folge hiervon ist, daß die auf einem unbestimmten Gefühle der Billigkeit beruhende Vorschrift Fragen offen läßt und zu bunten unnöthigen Unterscheidungen führt. Wenn der Besitzer durch einen Usurpator zeitweise aus den Besitz gesetzt wird, aber den Eindringling wieder vertreibt, soll hierdurch das Recht des Eigenthümers in Ansehung der in der Zeit der Usurpation getrennten Früchte vermehrt werden? Soll der ganze niedergeschlagene Wald ohne Berücksichtigung des wirthschaftlichen Maßes dem Besitzer gehören? (in den Motiven bejahet). Würde es nicht eine große Folgewidrigkeit sein, wenn das Miethgeld, nicht aber das Pachtgeld auf in Rechnung gesetzte Verwendungen nach § 936, Abs. 2 in Verbindung mit § 930 in Abzug gebracht werden müßte? Dabei ist zu bemerken, daß die Aufrechnung der Nutzungen gegen die Verwendungen nur insoweit bestimmt ist, als die Kondizirbarkeit der Nutzungen durch § 930 ausgeschlossen ist; dieser Ausschluß trifft aber nicht die Früchte, denn diese sind um deswillen nicht kondizirbar, weil sie nach § 900 Eigenthum des Besitzers geworden sind und schon deshalb nach § 748, Abs. 2 die Kondiktion ausgeschlossen ist. Freilich ein verwickelter Gedankengang.

In § 900 findet sich eine Definition der mala fides, welche von der üblichen abweicht: Kenntniß des Besitzers, daß er zum Besitze nicht berechtigt sei. Diese Fassung ist gewählt worden, um diejenigen Fälle zu decken, in denen der Besitzer sehr wohl weiß, daß er nicht Eigenthümer ist, aber doch durch die Fassung des Besitzwillens gegen das Eigenthum nicht verstößt, weil diese Fassung des Besitzwillens dem ihm von dem Eigenthümer gemachten Zugeständnisse entspricht, z. B. wenn das noch nicht aufgelassene Grundstück vorher tradirt ist. Es möge aber erwogen werden, daß in solchen Fällen das Recht des Besitzers auf die Früchte leichter aus der Konzession und Tradition des Eigenthümers abzuleiten ist, als aus dem Gesetze, nur daß alsdann die Früchte erst

Digitized by Google

mit der Besitzergreifung erworben werden. Mit dem Falle der Erlangung der Sache durch eine strafbare, wenn auch nur auf Fahrlässigkeit beruhende, Handlung — § 900, Nr. 2 — soll der Fall der Hehlerei getroffen werden. Die anomale Betrachtung der Hehlerei als eines Fahrlässigkeitsdeliktes erzeugt eine weitere Anomalie. Endlich geschieht Erwähnung des allerdings sehr fern liegenden Falles, daß ein dinglicher Fruchtberechtigter sich im Vertrauen auf sein Recht ohne verbotene Eigenmacht die Früchte zugeeignet hat. Der Anlaß zu dieser Bestimmung ist dadurch geboten, daß der redliche Besitzer ebenso wie die dinglichen Nutzungsberechtigten schon durch die Trennung Eigenthum an den Früchten erwerben soll. Ein Fall objektiver verbotener Eigenmacht (§ 814) muß immer gegeben sein, denn der Nutzungsberechtigte hat jedenfalls *ohne* den Willen des Inhabers gehandelt, weil sonst sein Recht hätte bekannt werden müssen und auf diese Weise der Konflikt mit dem redlichen Besitzer zur Entscheidung gebracht wäre. Es wird also subjektive verbotene Eigenmacht, zu welcher mindestens Fahrlässigkeit erforderlich ist, gemeint sein und die Ausnahme nur eintreten, wenn, was praktisch allerdings sehr schwierig ist, der Nutzungsberechtigte keine Ahnung hatte, daß er in ein fremdes Herrschaftsgebiet ohne Willen des Inhabers eingriff, wobei zugleich vorausgesetzt wird, daß diese Unkenntniß nicht auf Fahrlässigkeit beruhte. Die Bedenken, welche gegen eine solche komplizirte Regelung sprechen, liegen auf der Hand. Auch hier macht sich wieder die Gefahr einer Abweichung von den wohldurchdachten römischen Vorschriften geltend. Der Entwurf läßt den redlichen Besitzer wie den Nießbraucher statt mit der Besitzergreifung schon mit der Trennung der Früchte Eigenthum erwerben. Diese Aenderung hängt damit zusammen, daß dem Nießbraucher alle getrennten Erzeugnisse, der ganze niedergeschlagene Wald, zugewiesen ist und dieser Erwerb alsdann durch eine obligatorische Beschränkung, welche bei dem redlichen Besitzer fehlt, auf das wirthschaftliche Maß zurückgeführt ist (§ 988). Hierfür wird angeführt, daß das Fallen unter das wirthschaftliche Maß ein schlechtes Kriterium für eine Begrenzung des Eigenthumserwerbes und daß deshalb das Prinzip zu bewahren sei, nach welchem (§ 792, Nr. 1) *alle* Er-

Digitized by Google

zeugnisse Früchte sind, mithin der Nießbrauch an allen Erzeugnissen mit der Trennung in Eigenthum sich umsetzt und diese übermäßige Umsetzung nur durch eine obligatorische Ausgleichspflicht rektifizirt wird. Das Streben nach möglichst leicht erkennbaren Voraussetzungen für dingliche Rechtsänderungen wird zu billigen sein. Aber genügt es, um ein prinzipielles Zuviel zuzugestehen? In § 1823, in dem Abschnitte über die Nacherbfolge, findet sich die Vorschrift, daß die dingliche Wirksamkeit einer Verfügung des Nacherben über die der Nacherbschaft unterliegenden Gegenstände von der Voraussetzung abhängig sein soll, ob die Verfügung zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich war. Stellt man solche Unterscheidungsmerkmale für den Eintritt dinglicher Rechtsänderungen auf, dann kann man noch viel eher in hergebrachter Weise für den Fruchtbegriff das wirthschaftliche Maß als bestimmenden Regulator, inwieweit Erzeugnisse Frucht sind oder nicht sind, beibehalten. Bleibt aber eine dingliche Unterscheidung zwischen wirthschaftlichen und übermäßigen Früchten bestehen, so kommt man zu der Beibehaltung des Fruchterwerbes perceptione, da es alsdann einer Willensentscheidung des Nießbrauchers über den Umfang seiner Zueignung bedarf, bei welcher er das wirthschaftliche Maß zu berücksichtigen hat. Das nächste Stück, welches er sich über das Maß hinaus nimmt, wird nicht sein Eigenthum. Wenn sich auch noch soviel für das System des Entwurfs sagen läßt, so liegt in dem durch jenes System geschaffenen Bedürfniß auffälliger korrigirender Vorschriften, wie § 900, Nr. 3, eine Andeutung, daß man den einfachsten und glattesten Weg verlassen hat.

Sehr naheliegend ist die Frage, weshalb das Recht des redlichen Besitzers auf Erzeugnisse beschränkt ist, also z. B. Leistungen auf Grund subjektiv-dinglicher Rechte, welche materiell oft ein Aequivalent für die Früchte eines ausgeliehenen Grundstückes sind, nicht getroffen werden. Die seltsame Konsequenz aus der Beschränkung des Entwurfes, daß wohl Miethgelder, aber nicht Pachtgelder mit dem Verwendungsbetrage (§ 936, Abs. 2) kompensirt werden können, ist schon früher erwähnt.

Im preußischen Rechte ist man geneigt, den Besitzer als Nutzungsberechtigten zu behandeln. Zeitweises Eigenthum ist dem

Digitized by Google

Nießbrauch materiell sehr ähnlich. Es liegt deshalb am nächsten, dem Besitzer als de facto oder Interimseigenthümer, welcher vor dem wirklichen Eigenthümer weichen muß, was das Recht auf die Nutzungen betrifft, ein revokabeles Recht beizulegen, welches mit Eintritt der mala fides oder mit der Rechtshängigkeit der Vindikation aufhört. Das Recht eines resolutiv Berechtigten ist zwar in dem Entwurfe im Allgemeinen nicht geregelt, aber nach § 1815 ist für den Fall der Nacherbschaft die Analogie des Nießbrauches zur Geltung gebracht. Diese Analogie wird deshalb allgemein zu gelten haben, da sie mit den Besonderheiten der Nacherbschaft nicht zusammenhängt. Ob die Aufnahme einer allgemeinen Vorschrift für revokabele Rechtsverhältnisse neben § 134 und § 871 sich empfiehlt, kann dahin gestellt bleiben. Spricht man dem Besitzer ein Nutzungsrecht zu, so wird die Folge sein, daß es der Fiktion in § 794, Abs. 2, der Besitzer sei bei der Auseinandersetzung mit dem Eigenthümer als nutzungsberechtigt zu behandeln, nicht bedarf. Ferner braucht in § 930 der Besitzer nicht in Ansehung der gezogenen Nutzungen kondiktionsfrei gestellt zu werden; denn sobald er kraft Gesetzes ein Recht auf die Nutzungen bekommt, ist er einer Kondiktion nicht unterworfen, vgl. § 748, Abs. 2. Dann aber wird überhaupt der auffällige § 930 gestrichen werden können, denn die weiter darin enthaltene Bestimmung, daß der (redliche) Besitzer nicht als Delinquent haften solle, ist unnöthig. Diese Bestimmung beruht auf der unrichtigen Anschauung, daß, falls eine culpa des Besitzers in Ansehung der Unkenntniß des fremden Rechtes unterlaufe, nach den Vorschriften über die Haftung aus unerlaubten Handlungen deliktmäßige Haftung eintrete.

Es möge hier ein Exkurs in das Gebiet der Deliktshaftung gestattet sein.

In § 848 ist eine Definition des Eigenthumsinhaltes gegeben, welche an sich überflüssig weitläufig ist, da man sich mit dem Ausspruch, der Eigenthümer sei ausschließlich, wenn auch beschränkbar, zur Inhabung berechtigt, begnügen könnte, welche indessen einen sehr wichtigen Zweifelspunkt nicht berührt. Bei einem absoluten Rechte ist das Recht im subjektiven Sinne die Kehrseite des zu Gunsten des Berechtigten lautenden, an alle anderen Personen sich

Digitized by Google

richtenden Befehles. Die Tragweite dieses Befehles ist für den Inhalt des Rechtes entscheidend. Wie lautet dieser Befehl bei dem Eigenthume? Der mögliche Unterschied kann an dem Urheberrechte an Schriftwerken und am Patentrechte am leichtesten klar gestellt werden. Das Gesetz über das Urheberrecht vom 11. Juni 1870 sagt § 18: Wenn Du etwas in Druck nimmst, so wende alle Sorgfalt an, um zu erkennen, ob in Ansehung des Schriftstückes ein Urheberrecht mit ausschließlicher Vervielfältigungsbefugniß besteht oder nicht. Das Patentgesetz vom 25. Mai 1877 § 34 sagt: Du sollst nicht wissentlich eine fremde Erfindung in Benutzung nehmen. Es ist durch nichts gerechtfertigt und dem geltenden Rechte widersprechend, den Eigenthumsinhalt ähnlich aufzufassen, wie den Inhalt des Urheberrechtes und also den zu Gunsten des Eigenthümers lautenden Befehl an alle Anderen dahin zu deuten: Bevor Du eine Sache anfassest, erkundige Dich sorgfältig, ob kein ausschließliches Recht auf das Haben der Sache besteht. Vielmehr lautet der Befehl: Fasse keine Dir als fremd bekannte Sache an. Freilich sind die allgemeinen Vorschriften über die Haftung aus Delikt, aus welchen die Deliktsqualität der mit fahrlässiger Ignorirung fremden Eigenthums geschehenen Besitzergreifung abgeleitet ist, sehr zu beanstanden.

Das Verständniß des § 704 Abs. 1[1]) ist ein sehr schwieriges. Es wird eine widerrechtliche Handlung vorausgesetzt, dabei aber eine Widerrechtlichkeit solcher Art, welche nicht gegen den Beschädigten sich richtet. Unter Widerrechtlichkeit darf auch nicht obligatorisches Unrecht verstanden werden, sondern Zuwiderhandeln gegen eine absolute Rechtsnorm. Folgende Auslegung des § 704 Abs. 1 ist die nächstliegende: Wenn sich Jemand auf verbotenen Pfaden befindet, so soll er nicht nur den Personen haften, welche das übertretene Gesetz schützen wollte und deren durch das Gesetz gezogene

1) „Hat Jemand durch eine aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit begangene widerrechtliche Handlung — Thun oder Unterlassen — einem Anderen einen Schaden zugefügt, dessen Entstehung er vorauszusehen hat oder voraussehen mußte, so ist er dem Anderen zum Ersatze des durch die Handlung verursachten Schadens verpflichtet, ohne Unterschied ob der Umfang des Schadens vorauszusehen war oder nicht."

Digitized by Google

Rechtssphäre er verletzt (§ 704 Abs. 2), sondern er soll auf solchen Pfaden alle Sorgfalt darauf verwenden, daß seine Handlungsweise nicht anderen Personen zum Schaden gereicht. Die Motive II S. 728 führen das Beispiel an, daß der Mörder an den möglichen Schaden der Lebensversicherungsgesellschaften denken müsse. Ein weiteres Beispiel würde sein, daß derjenige, welcher ein fremdes Pferd tödtet, auch wegen Zerstörung der ihm bekannten Gewinnchancen haftet, welche ein Dritter in Folge einer Rennwette hatte. Hauptsächlich scheint mir aber der Fall getroffen zu werden, daß mit demjenigen, gegen welchen das Delikt sich richtet, ein Dritter in obligatorischer Verbindung steht und in Folge der durch das Delikt geschaffenen Leistungsunmöglichkeit zu Schaden kommt. Ist die Handlung in Hinsicht auf den Beschädigten nicht widerrechtlich, so kann eine nach anderer Seite bestehende Widerrechtlichkeit nicht in Betracht kommen. In solchen Fällen wird das Ueberspringen des Schadens durch ein dem Handelnden fremdes Mittelglied, Lebensversicherung, Feuerversicherung, Wetten, Obligation herbeigeführt. Dieses Mittelglied hat zu ergeben, inwieweit der indirekt Beschädigte aus der Person des Verletzten heraus an dem Uebelthäter sich erholen kann. Sollte das Mittelglied gar keine Beziehungen zwischen dem direkt Beschädigten und dem indirekt Beschädigten schaffen, wie z. B. bei einer durch das Delikt vereitelten Wette, so erscheint die Ausdehnung der Schadensersatzpflicht über den direkt Beschädigten hinaus nicht gerechtfertigt. Im Uebrigen wird durch die Stellung der Vorschrift deren Verständniß sehr verdunkelt. Will man sie aufnehmen, so müßte sie der allgemeinen Vorschrift über die Schadensersatzpflicht aus Delikten angeschlossen werden, da durch sie eine Erweiterung einer anderweit gegebenen Schadensersatzpflicht bestimmt wird.

Der zweite Absatz des § 704 bezieht sich auf Rechtsverletzungen. Wenn aber in demselben gesagt wird, jede auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruhende Rechtsverletzung mache haftbar, so wird in unzulässiger Weise in die Vorschriften hinübergegriffen, welche den Inhalt der verletzten Rechte bestimmen. Diese Vorschriften können sehr wohl so lauten, daß nur eine vorsätzliche Nichtbefolgung des gesetzlichen Befehles verboten wird. Soll etwa

Digitized by Google

künftig, wenn die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts auch für das Patentrecht gelten, auch wegen fahrlässigen Gebrauches einer Erfindung kondemnirt werden? Die so nahe liegende Erkenntniß, daß es auch lediglich vorsätzliche Rechtsverletzungs-Delikte giebt, ist übersehen. Daß man die in fahrlässiger Ignorirung fremden Rechtes von dem redlichen Besitzer an der Sache geschehenen schädigenden Besitzhandlungen an sich als Delikte aufgefaßt hat, ergiebt sich aus § 930, Abs. 1, da hier von dieser unterstellten Regel eine Ausnahme bestimmt werden soll. Aus der Definition des zivilrechtlich haftbar machenden Deliktes ist Vorsatz und Fahrlässigkeit wegzulassen. Eine solche Definition würde mit Vermeidung der Aufwerfung des Zweifels, wie weit das Recht im subjektiven Sinne reiche, etwa dahin zu lauten haben:

„Wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwider handelt, welche den Schutz einer anderen Person bezweckt, ist dem Verletzten zum Ersatze des durch seine Handlung verursachten Schadens verpflichtet."

Auf die Vorhersehbarkeit des Schadens kann es nur ankommen, wenn zum Thatbestande des Deliktes die schädigende Wirkung einer Handlung gehört.

§ 5. Expropriatio juris civilis zu Gunsten der Erhaltung zusammengefügter Sachen.

Nach dem Entwurfe gilt der Grundsatz, daß die Verbindung ebenso wie die Zerstückelung von Sachen den dinglichen Rechtsbestand fortdauern lassen. Für die Trennung von Bestandtheilen ist dieser Grundsatz in § 898 ausgesprochen. Der Wandel in dem körperlichen Zusammenhange der Sachen ist also der Regel nach etwas rechtlich gleichgültiges. Nun werden durch Verbindungen Inhabungs-Ganze (vgl. vorher S. 5) geschaffen, bezüglich deren, solange die Verbindungen dauern, nur ein einheitliches Recht zum Besitze und zur Inhabung denkbar ist. Dieser Umstand macht es nothwendig, daß der Konflikt zwischen den verschiedenen Interessenten von dem Gesetze gelöst und bestimmt wird, wer den Besitz verlangen könne. Die Lösung besteht in der Zusprechung der Sachen an den Eigenthümer des Hauptbestandtheiles oder in der Annahme

Digitized by Google

von Miteigenthum. Dabei würde aber immer ein Wiederaufleben oder vielmehr ein Wiederwirksamwerden des Eigenthumes an den Nebensachen möglich bleiben, wenn der frühere Zustand wieder hergestellt werden kann. Hierzu beizutragen ist Pflicht des Eigenthümers der Hauptsache und zwar eine Bürgerpflicht, welche bezweckt fremdes Recht nicht an formellen Hindernissen scheitern zu lassen, zu vergleichen mit der Verpflichtung, die zur Berichtigung des Grundbuches nöthigen Erklärungen abzugeben, alles natürlich auf Kosten desjenigen, welcher die an sich dem anderen Theile nicht obliegende Dienstleistung verlangt (vgl. §§ 776, § 843, Abs. 2), sofern nicht ein besonderer Obligationsgrund vorliegt. Ist die Trennung nicht ausführbar, die geforderte Dienstleistung unmöglich, so wird das Eigenthum an dem Inhabungsganzen nicht von der Exhibitionspflicht beschränkt. Der Entwurf hat nun zwar die actio ad exhibendum als nothwendige Vorläuferin der Durchführung der Vindikation nicht ausdrücklich anerkannt. Dies hängt damit zusammen, daß man nicht hat zugeben wollen, der rein dingliche Anspruch gehe lediglich auf ein Unterlassen, Weichen, Räumen, und werde nach der positiven Seite hin durch die Exhibitionspflicht ergänzt. In § 774 wird deshalb nur der Vorlegung „zur Besichtigung" gedacht. Die Wissenschaft ist hierdurch nicht beschränkt, in der Herausgabepflicht ein Doppeltes zu unterscheiden. Ein unbestrittenes Endergebniß des römischen Rechts zu geben ist unmöglich; meines Erachtens werden die Rechtsnormen, welche aus demselben herauszulesen sind, dahin zu verstehen sein, daß das Rechtsschicksal des durch Verbindung hergestellten Ganzen neu geordnet wird, mit Vorbehalt des Zurückgehens auf den früheren Rechtszustand im Falle der Trennbarkeit. Eine solche Normirung hat gesetzgeberisch große Vorzüge. Wollte man an die Untrennbarkeit (nach dem Entw. § 782 Untrennbarkeit ohne Zerstörung) die Veränderung im dinglichen Rechtsbestande anknüpfen, so ist damit ein schwankendes Moment zur Voraussetzung gemacht. Die gestern unlösbare Aufgabe kann heute lösbar sein. Die römische Normirung mit dem bis zur Trennung schlafenden Eigenthum, bei welchem vorläufig unentschieden bleibt, ob der Schlaf nicht der Tod ist, schmiegt sich dem möglichen Wechsel der Verhältnisse an.

Digitized by Google

Auf die Ausstellungen gegen den Entwurf, welche aus dem Vorstehenden sich ergeben, soll indessen wenig Gewicht gelegt werden. Dagegen wird gegen den Entwurf der Vorwurf eines unnöthigen neuernden Gewaltstreiches durch Schaffung eines civilen Expropriationsfalles erhoben, bei welchem die utilitas publica in der Abwehrung einer Minderung des Nationalreichthumes durch schadenstiftende Trennungen besteht. In Betracht kommen die §§ 782 bis 785, 890—892.

Zunächst ist die Formulirung zu bemängeln. In § 782 wird eine Definition von „wesentlichen Bestandtheilen" gegeben, „welche von einander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder andere Bestandtheil zerstört oder in seinem Wesen verändert wird."

An die Zusammensetzung einer Sache aus wesentlichen Bestandtheilen wird der Satz geknüpft, daß an dem Bestandtheile ein von dem Rechte am Ganzen abgesondertes Recht nicht stattfindet und in den Vorschriften über Verbindung wird die Rechtsänderung bestimmt, welche durch die Zusammenfügung des Ganzen aus wesentlichen Bestandtheilen eintritt und die Frage beantwortet, wem das Ganze gehören solle. Die von den wesentlichen Bestandtheilen gegebene Definition wird als so wenig erschöpfend zugestanden, daß die Hauptmenge der Sachen, welche getroffen werden sollen, durch Fiktion gleichgestellt wird. Jede Fiktion enthält das Zugeständniß, den eigentlich richtigen allgemeinen Satz nicht gefunden zu haben. Sie wird ein zulässiges technisches Mittel sein, wenn Alles, was getroffen werden sollte, schwierig zu treffen war. Aber immerhin muß die Fiktion doch nur eine Ergänzung bezwecken. Zu weit gehend wird es erscheinen, wenn eine Begriffsbestimmung gegeben wird, welche für ein Prozent der gemeinten Dinge paßt und in welche hernach der Rest im Wege der Fiktion hineingezwungen wird. Außer dem Baumaterial (§ 783) werden Erzeugnisse, ausgesäeter Samen und festgewachsene Pflanzen erwähnt. Der Pflanzenwuchs steht unter einer ganz anderen Betrachtung als die verbundenen Sachen. Ueber ihn kann ganz geschwiegen werden, da er durch die positive Normirung nicht getroffen wird. Bei der festgewachsenen Pflanze ergiebt sich die Nichtwiederherstellbarkeit des früheren Zustandes aus der Vermischung der

Digitized by Google

Atome; terrae alimento alia facta est. Von dem Samen gilt entweder ein Aehnliches oder die Normirung ist praktisch bedenklich, wenn zum Beispiel an einem seltenen Samenkörper das Eigenthum durch das leichte Hineinlegen in eine Erdschicht verloren gehen soll. Die römischen Aussprüche über das Eigenthum am Pflanzenwuchs sind Betrachtungen ohne normgebende Bedeutung; die Aussprüche über das Baumaterial enthalten eine positive Normirung. Beide Gesichtspunkte sind in dem Entwurfe vermengt. Dann ist die Auseinanderreißung der Definition der wesentlichen Bestandtheile in §§ 782—785 von den an die Definition sich knüpfenden Rechtsnormen in §§ 890—892 zu rügen. Ist mit der Verbindung das dingliche Rechtsschicksal neu geordnet, so kann während der Dauer der Verbindung eine blos das verbundene Stück betreffende Aenderung nicht eintreten. Die Mot. III S. 42 scheinen die Möglichkeit einer blos das verbundene Stück betreffenden Tradition anzunehmen. Eine solche Möglichkeit liegt aber nicht vor. Denn, würde auch das Ganze mit der lediglich auf den Bestandtheil gerichteten Absicht unter Erlaubniß der Lösung z. B. des Grundstückes mit dem abzubrechenden Gebäude übergeben, so würde die Uebergabe, da das Ganze eine Inhabungseinheit ist, erst mit der Trennung vollendet sein. Die Frage ist nur, ob eine bindende Traditionsofferte, wenn der Empfänger das Ganze hat, möglich ist, eine Frage, welche in § 901, Abs. 2 bejaht wird, deren Bejahung aber sehr bedenklich erscheinen muß. Der § 901, Abs. 2 ist ein Kunststück. Will man die Vorschriften über die bindende Kraft des obligatorischen Vertrages auf den dinglichen Vertrag anwenden, so müßte doch allen Formerfordernissen genügt sein. Die Uebergabe des Ganzen ist aber nicht die Verschaffung der Inhabung an dem verbundenen Theil vor dessen Trennung. Die Verneinung der Möglichkeit eines Sonderrechtes — also an erster Stelle des Eigenthums, per consequentiam anderer Rechte — kann leicht zu falschen Schlüssen führen. Nach Art. 106 des Einführungsgesetz-Entwurfes treffen die Vorschriften des neuen Rechtes sofort alles bestehende Eigenthum. Sollen damit die constructions u. s. w. des Art. 553 des Code civ. enteignet sein, sobald das neue Recht in Kraft tritt?

Digitized by Google

Die Normirung geht dahin, daß der Thatsache der Einfügung in das Ding des § 782, welches nur mit Beschädigung der Bestandtheile sich zerlegen läßt, und in die Superfizies eine Aenderung im Eigenthum vornehmlich zu Gunsten des Eigenthümers der Hauptsache hervorbringen soll. Die römischen Vorschriften über das tignum junctum haben damit eine Verbreiterung und Verschärfung gewonnen. Für die Verbreiterung läßt der früher angedeutete nationalökonomische Grund allenfalls sich anführen; für die Verschärfung, durch welche dem Verlierenden die real fundirte actio de duplo genommen wird, trifft jener Grund nicht zu. In den neueren Gesetzgebungen ist ein Vorbild nicht zu finden. Fragt man nach gesetzgeberischen Gründen, so liegen mehr Gründe für eine Milderung als für eine Verschärfung des römischen Rechts vor. Das einheitliche Eigenthum an den zusammengesetzten Sachen liegt allerdings im öffentlichen Interesse. Wenn man aber im früheren Rechte diesem Interesse nicht die Oberhand über das Interesse an der Realisirbarkeit der Rechte gegeben hat, so ist der Grund hierfür durch die Vorschriften des Entwurfes über den Erwerb in gutem Glauben jedenfalls bedeutend gemindert, denn diese Vorschriften tragen in hohem Maße zu der Vereinheitlichung des Rechtes an der Sache bei. Endlich ist darauf hinzuweisen, welchen Schwierigkeiten die Ausgleichung im Wege der Kondiktion (§ 897) begegnet. Bei der gewöhnlichen Expropriation tritt ein Expropiant auf, und ist damit von vornherein ein zur Entschädigung Verpflichteter gegeben, auch gilt das Prinzip der vorgängigen Entschädigung. Hier soll sich der Verlierende denjenigen erst einmal suchen, welcher zu zahlen hat, denn die Bereicherung kann in verschiedener Weise zwischen dem Eigenthümer und den sonstigen dinglichen Berechtigten sich vertheilen und der Kondizent darf nur auf diejenigen Berechtigten greifen, deren Recht zur Zeit des rechtsverändernden Vorganges durch letzteren vermehrt ist, nicht etwa auf die Rechtsnachfolger. Ferner ist es ungerecht, daß nicht der Verlust ersetzt — das römische Recht arbitrirt auf das duplum — sondern nur die Bereicherung herausgegeben wird. Es wird kein Schaden sein, wenn die neue und originelle Schöpfung eines Asyles für gestohlene Sachen aufgegeben wird. Etwaiger Ausschluß der

Digitized by Google

Vindikation durch volle Entschädigung bleibt zu erwägen. Letzterem Standpunkte entspricht auch die Vorschrift in § 936, Abs. 3, welche den Trennungsanspruch des Besitzers — eine Gegenvindikation — ausschließt, wenn derselbe für die Aufgabe seines Anspruches entschädigt wird.

Es ist vorher hervorgehoben, wie sehr im Mobilienrechte die Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben zur Vereinheitlichung des Rechtes an der zusammengesetzten Sache beitragen. Nach dem Grundbuchrechte tritt bei Grundstücken an Stelle der Uebergabe die Eintragung. Der Erwerber bekommt die bewegliche Sache, wie sie zur Zeit ist, in ihrem zusammengesetzten körperlichen Bestande in die Hand und wird in seinem Vertrauen auf den unterstellten Rechtsbestand in Ansehung des empfangenen Objektes geschützt. Der Erwerber des Grundstückes erhält dagegen die Stelle im Grundbuche und darf den Angaben des Grundbuches über das Rechtsschicksal der Sache trauen. Ueber den körperlichen Bestand sagt aber das Grundbuch nichts. In Folge dessen kann nach dem Entwurfe, wie er liegt, der Erwerber über das Eigenthum eines von dem Pächter errichteten Gebäudes (§ 785) zu seinem Nachtheile sich irren. Auch geht im Immobilienrecht der Vortheil verloren, daß, wenn in der Superfizies fremde Bestandtheile sich finden, in der zweiten Hand eine Vereinheitlichung des Rechtes eintritt. Es ist widerspruchsvoll, daß es einen Unterschied machen soll, ob das Grundstück mit den frei liegenden, oder mit den zu einem Gebäude zusammengefügten Balken übergeben wird, und daß im ersteren Falle, da bezüglich der frei liegenden Balken das Mobilienrecht entscheidet, Eigenthum an dem Material erworben wird, in dem zweiten Fall dagegen nicht, weil neben der Tradition des Grundstückes eine Tradition der Superfizies nicht unterschieben werden kann. Im Grunde will das System des Entwurfes viel mehr dieser Unzuträglichkeit abhelfen als eine Minderung des Nationalreichthums abwehren. Es kann nicht auffallen, daß die hier angeregte Frage noch keine eingehendere Beachtung gefunden hat, da die Entwickelung des Grundbuchrechts noch in den Anfängen sich befindet. Verschiedene Lösungen sind denkbar. Man kann ganz unbedenklich bestimmen, daß, wenn das Grundstück nach der Ein-

Digitized by Google

tragung übergeben ist, damit auch die mobilisirbaren fremden Bestandtheile mit den im Mobilienrecht bestimmten Wirkungen als übergeben gelten, selbst bevor sie getrennt sind. Dieses Ergebniß läßt vielleicht schon so aus den Vorschriften des Mobilienrechts sich ableiten. An Konsens und Uebergabe fehlt es nicht. Das Verbundensein hindert nur einen Besitzerwerb, bei welchem verschiedene Personen pro diviso Inhaber und Besitzer werden. Die mobilisirbaren Sachen, an welchen Sonderrechte bestehen, sind als bewegliche zu behandeln, da sie jedenfalls nicht Grundstücke sind und ein Drittes es nicht giebt. Aber man wird auch weiter gehen, die mobilisirbaren Bestandtheile als unter der Bezeichnung des Grundstückes im Grundbuche und in den Erklärungen begriffen ansehen und von dem Erfordernisse der Uebergabe dispensiren können. Nur müssen die Vorschriften des Mobilienrechts, welche dem Erwerb wegen Furtivität der Sachen, wegen Kenntniß oder verschuldeter Unkenntniß des Rechtsmangels entgegenstehen, ihre Geltung behalten, da den Rechten Dritter nicht Abbruch geschehen darf.

Die vorzuschlagende Bestimmung würde also etwa lauten:

„Die Wirkungen der auf ein Grundstück sich beziehenden Rechtsgeschäfte ergreifen mit dem Grundstücke zugleich die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere die Gebäude und die den Gebäuden zu deren Herstellung eingefügten Sachen, sofern nicht nach den Vorschriften über den Erwerb an beweglichen Sachen trotz erfolgter Uebergabe eine Rechtsveränderung ausgeschlossen sein würde."

Eine solche Normirung entspricht den Interessen des Verkehres. Der Erwerber sieht über das Grundbuch hinaus in die Natur und bemerkt dort das Gebäude. Sein Vertrauen auf den Erwerb auch des Gebäudes darf nicht getäuscht werden. Die Rücksichtnahme auf den Bauenden tritt zurück. Wer auf fremden Boden bauet, kennt die Veräußerungsmacht des Eigenthümers und die hieraus entspringende Gefahr. Das Gebäude ist dem Grundeigenthümer anvertraut und es gilt auch hier die Regel, Hand wahre Hand.

Ebenso wie das Wünschenswerthe der Rechtseinheit in Ansehung der Sache und ihrer Bestandtheile ist auch das Wünschens-

Digitized by Google

werthe der Rechtseinheit der Sache und ihres Zubehöres in der Kritik hervorgehoben und in den Verhandlungen des 20. Juristentages zur Sprache gekommen. Zu einem formulirten Endresultat ist der Juristentag nicht gelangt (Verhandl. IV. S. 139 ff.). Seine Empfehlung „dem Grundsatze sachenrechtliche Verbindung zwischen Hauptsache und Zubehör in einer Reihe von Einzelbestimmungen Rechnung zu tragen", ist nicht leicht verständlich, da die „Grundsätzlichkeit" zu Zwangsvorschriften führen müßte, bei welchen die rechtliche Vereinheitlichung Folge des Gesetzes, nicht des Willens der Betheiligten wäre. Bedürfnisse des Lebens hat die Gesetzgebung zu berücksichtigen, auch wenn die Berücksichtigung unbequem ist, aber jede Zwangsvorschrift würde zu Ungerechtigkeiten führen, indem das Recht einer unbestimmten Nützlichkeit geopfert wird. Dagegen läßt sich in ähnlicher Weise, wie im Entwurfe bei der Hypothek geschehen ist, helfen. Man kann eine privilegirte Begründung dinglicher Rechte an dem Zubehör des Grundstückes ohne Uebergabe zulassen, da durch die Eintragungen im Grundbuche, welche alsdann auch im Zweifel vom Zubehör zu verstehen sind, dem Bedürfnisse der Kundbarmachung des dinglichen Rechtes Genüge geleistet wird. Also Buchungsfähigkeit des Zubehörs unter Zusammenziehung desselben mit dem Grundstücke und damit von selbst eintretende Anwendbarkeit der Vorschrift des § 790, nach welcher eine Willenserklärung so auszulegen ist, daß sie Sache und Zubehör trifft. Geht man diesen Weg, so hat man die Eintragung, bei welcher die Bezeichnung des Grundstückes als den Zubehör umfassend von vornherein zu gelten hat, so wirken zu lassen, wie wenn tradirt wäre und nun nach Mobilienrecht zu beurtheilen stände, ob eine Rechtsveränderung eingetreten. Dabei dürfen nur die im Besitze, nicht die in der Inhabung des eingetragenen Eigenthümers befindlichen Zubehörstücke getroffen werden, denn man darf dem Letzteren keine Unterschlagung aufdringen. Dagegen müssen die im Besitze des Eingetragenen befindlichen Stücke (eine mögliche Unterschlagung würde hier in der Vergangenheit liegen) getroffen werden, auch wenn sie einem Dritten gehören sollten, denn das Vertrauen des Erwerbers auf den Zubehörbestand darf nicht gänzlich getäuscht werden. Zu der Normirung,

Digitized by Google

welche in Ansehung der Superfizies vorgeschlagen ist, brauchte nur eingefügt zu werden: „und die mit dem Grundstücke von dem eingetragenen Eigenthümer besessenen Zubehörstücke". Nur bedürfte die Definition des Zubehörs in § 791 eine kleine Aenderung. Es müssen dort Bezeichnungen gewählt werden, welche die individuellen Sachen erkennbar werden lassen. Der Begriff des Zubehörs darf deshalb bei sachenrechtlicher Anwendung nicht von der Voraussetzung des wirthschaftlichen Erforderlichseins abhängig gemacht werden. Dann würde eine allgemeinere dem § 1068 (Aufhören der Rechtserstreckung bei Verbringung der Zubehörstücke von dem Grundstücke) entsprechende Vorschrift zu treffen und § 1067 Ziff. 3 zu streichen sein.

Das Endergebniß der vorstehenden Ausführungen würde also dahin gehen:

Der Grundsatz, daß die Verbindung von Sachen ebensowenig wie die Zerstückelung einer Sache in dem dinglichen Rechtsbestande an sich rechtlich nichts ändert, wird, indem das Gesetz schweigt, vollständig und ausnahmslos durchgeführt. Thatsächlich tritt allerdings in Folge der Verbindung die Veränderung ein, daß Inhabungseinheiten geschaffen werden. An diesen Ganzen muß der dingliche Rechtsbestand neu geordnet werden und dies ist die Aufgabe der Vorschriften über Verbindung und Vermischung. Eine besonders qualifizirte Verbindung ist hier aber gar nicht zur Voraussetzung gemacht, da die Rechte der durch die Zusprechung Verlierenden vorbehalten bleiben. Letztere können Trennung, soweit solche möglich ist und so lange ihr Recht nicht aus anderen Gründen untergegangen ist, verlangen. Bei Unmöglichkeit der Trennung scheitert das frühere Recht nicht an einer willkürlich gesetzten rechtlichen, sondern an einer thatsächlichen Klippe. Die Erreichung des erstrebenswerthen Zieles — ein Ganzes, ein Recht — wird durch die Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben gefördert; im Immobilienrechte bedarf es einer Ausdehnung dieser Vorschriften auf die Superfizies und läßt sich damit zugleich die wünschenswerthe Vereinheitlichung von Grundstück und Zubehör verbinden.

Digitized by Google

§ 6. Das dingliche Rechtsgeschäft des Mobilienrechtes.

Indem der Entwurf zu der Uebertragung des Eigenthumes an beweglichen Sachen Uebergabe verlangt, wird die Fähigkeit zur Uebergabe, also der Besitz, im Mobilienrechte zur Voraussetzung der Veräußerungsbefugniß gemacht, ähnlich, wie im Immobilienrechte die Eintragung zu dem gleichen Zwecke erforderlich ist. Der nicht besitzende Eigenthümer ist nicht veräußerungsfähig. Er muß sich erst den Besitz wieder verschaffen, um im rechtsgeschäftlichen Verkehre die ihm gebührende Stellung einzunehmen. Bis zu diesem Zeitpunkte ist er nur ein Prätendent mit ungewissen Ansprüchen.

Das Traditionserforderniß in Verbindung mit den Vorschriften über den bona fide-Erwerb zu Gunsten des Erwerbers, welcher von dem Auseinanderfallen des Besitzes und des Eigenthumes keine Kunde hatte, bestätigen die schon früher hier vertretene Anschauung, daß im rechtsgeschäftlichen Verkehre der Besitzer zugleich die Rolle des Eigenthümers spielt, allerdings in revokabler Weise mit der Möglichkeit, daß die Sache ihm abgetrieben wird. Ist aber dem so, dann kann man den Satz nicht mehr halten, daß der Eigenthümer Eigenthum übertrage, denn derjenige, bei welchem lediglich die Voraussetzung des Eigenthumes — nicht aber zugleich des Besitzes — zutrifft, kann eben kein Eigenthum übertragen und der Besitzer verschafft durch Tradition Eigenthum auch wenn er selbst desselben ermangelt. Man darf nicht ferner das Eigenthum des Veräußerers als regelmäßiges Erforderniß der wirksamen Veräußerung und den originären bona fide-Erwerb als eine die Regel durchbrechende Ausnahme hinstellen, sondern man muß Regel und Ausnahme umkehren und fortan im Gesetze als Regel hinstellen: Der Besitzer überträgt durch die Tradition Eigenthum. Dann folgen die Ausnahmen für den Fall der mala fides und der Furtivität der Sache. Eine solche Formulirung entspricht einer richtigen Gesetzestechnik, weil die Fälle des bona fide-Erwerbes, in welchen es auf das Eigenthum oder Nichteigenthum des Besitzers nicht ankommt, die

Digitized by Google

bei weitem überwiegende Zahl aller Fälle bilden, während Furtivität und mala fides äußerst selten vorkommt. Man kann zwar schließlich dasselbe Ziel erreichen, auch wenn man umgekehrt verfährt, aber man muß dann viel weitläufiger sein und kommt weit leichter in die Gefahr, nicht ganz richtige Vorschriften aufzunehmen.

Von dieser grundsätzlichen Anschauung über Regel und Ausnahme aus sollen die sachenrechtlichen Vorschriften im dritten Titel des vierten Abschnittes „Erwerb des Eigenthums an beweglichen Sachen, Uebertragung durch Rechtsgeschäft" einer Prüfung unterzogen werden und zwar sollen hierbei die Rechtsgeschäfte des Besitzers von den möglichen Rechtsgeschäften des nicht besitzenden Eigenthumsprätendenten gesondert betrachtet werden.

I. Rechtsgeschäfte des Besitzers.

Die Vorschrift, in welcher die Regel ausgesprochen wird, würde etwa so lauten:

„Zur Uebertragung des Eigenthums an einer beweglichen Sache durch Rechtsgeschäft ist ein zwischen dem Besitzer und dem Erwerber unter Uebergabe der Sache zu schließender Vertrag erforderlich und genügend, welcher die Willenserklärung der Vertragschließenden enthält, daß dem Erwerber das Eigenthum an der Sache übertragen werden soll."

Diese Vorschrift hätte den ganzen § 874 zu ersetzen. In demselben finden sich noch folgende überflüssige Vorschriften:

1. In Abs. 1, Satz 2 wird auf die analoge Anwendung der Vorschrift in § 829 hingewiesen. Diese Vorschrift bekräftigt die Unabhängigkeit des abstrakten Vertrages von seinem Rechtsgrunde. Für eine solche Vorschrift wäre nur dann Raum, wenn ohne dieselbe das abstrakte Rechtsgeschäft von seiner obligatorischen causa in Abhängigkeit bleiben würde, wenn also die Regel gälte, daß die Rechtsverschaffung in Abhängigkeit von dem Geschuldetsein derselben verbliebe. Jede rein negative Rechtsnorm stellt sich ja schon äußerlich als eine Ausnahme von einer höheren Regel dar. Denkbar wäre auch eine Regel der bezeichneten Art, nach welcher das Geschuldetsein als Bedingung hinübergenommen wird in das ab-

Digitized by Google

strakte Geschäft. Daß aber der Entwurf selbst nicht an eine solche Regel auch nur denkt, geht daraus hervor, daß jene Regel in keinem einzigen Falle ihres ganzen Bereiches zutrifft. Ausnahmen lassen zwar eine Regel bestehen, aber eine Regel, welche in keinem Falle zutrifft, ist keine Regel mehr. Hieraus ergiebt sich, daß der Entwurf in § 829 gar nicht eine Regel durchbrechen, sondern nur der unrichtigen Meinung entgegentreten will, daß eine solche Regel bestehe. Also verfolgt der § 829 einen lehrhaften Zweck; er will Reminiszenzen aus der bisherigen Doktrin beseitigen. Ein solcher Zweck würde immer nur ein vorübergehender sein, denn derartige Reminiszenzen verschwinden. Dann wird in späteren Zeiten die Vorschrift zwecklos und bleibt nur als Erinnerungszeichen früherer verkehrter Rechtsanschauungen im Gesetze. Ein solches Monument auf ewige Zeiten sollte man einer überwundenen verkehrten Rechtsanschauung nicht setzen.

Die Nothwendigkeit des zweiten Absatzes ist durch die schon früher beanstandete Vorschrift in § 813 geschaffen. Der bloße Inhaber kann nach § 813 nur Besitzer werden, wenn er dem bisherigen Besitzer den Gehorsam aufgesagt hat. Tradirt er ohne solche Emanzipation — und der Unterschlagende wird wohl den bisherigen Eigenthümer nicht vorher benachrichtigen — so würde nach dem Entwurfe nicht die Uebergabe seitens eines Besitzers vorliegen, sondern nur seitens eines Inhabers und es müßte deshalb bestimmt werden, daß auch eine solche Uebergabe genüge. Fällt § 813 weg, so ist zweifellos, daß der bisherige Inhaber simulac constituit rem sibi habere und das thut er, indem er veräußert, Besitzer wird und daß damit jede auszufüllende Lücke beseitigt ist.

Der dritte Absatz betrifft den Fall, daß der nicht besitzende Eigenthümer, welcher also auch nicht tradiren kann, zu Gunsten des Besitzers auf sein Recht verzichtet. Dieser Fall soll später betrachtet werden, doch sei hier nur bemerkt, daß in diesem Falle, wenn man den Besitzer im Gesetze als Veräußerer bezeichnet, für einen bona fide-Erwerb von vornherein kein Raum ist, also in dieser Beziehung nicht, wie in § 879 geschehen, eine Ausnahme gemacht zu werden braucht.

Digitized by Google

An die Regel haben sich die Ausnahmen zu schließen. Die betreffenden Bestimmungen finden sich in § 877—879 des Entwurfes. Folgende Bestimmung ersetzt Alles:

„Der in § 874 bestimmte Rechtserwerb findet nicht statt,

1. soweit der Erwerber bei dem Erwerbe für dritte Personen begründete Eigenthumsrechte oder sonstige Rechte kannte oder seine Unkenntniß auf grobe Fahrlässigkeit beruhte;

2. so lange die übergebene Sache in der Inhabung des bisherigen Besitzers verbleibt und nicht in die Inhabung des Erwerbers oder eines Vertreters desselben in der Inhabung gelangt;

3. wenn die veräußerte Sache gestohlen (2c. wie in § 879)."

Nur in zwei Punkten ist bei dieser Fassung von dem Entwurfe abgewichen.

Der Entwurf macht eine objektiv begründete bona fides zur Voraussetzung der den Erwerber begünstigenden Rechtsnorm, indem die obligatorische causa des Geschäftes auch als objektive Grundlage des guten Glaubens verwerthet wird. In der vorgeschlagenen Fassung ist die bona fides als durch den Besitz des Veräußerers begründet angesehen und die mala fides zur Voraussetzung der dem Erwerber den Vortheil aus § 874 in der vorgeschlagenen Fassung entziehenden Ausnahmsvorschrift gemacht.

Was die für den Fall des constitutum possessorium gemachte Ausnahme betrifft, so sagt der Entwurf zuviel und zu wenig. Zuviel gesagt ist es, wenn der Erwerb in gutem Glauben auch dann ausgeschlossen bleibt, nachdem längst die einige Tage dem Veräußerer leihweise noch belassene Sache in die Hand des Erwerbers gekommen ist. Die spätere Herausgabe geschieht überall nicht in der Absicht der Eigenthumsverschaffung und kann deshalb nicht als Uebergabe angesehen werden, wenigstens würde es sehr zweifelhaft sein, ob eine solche Beurtheilung zulässig wäre. Auch würde dann der Eigenthumserwerb erst ex nunc eintreten. Es wird deshalb eine Bekräftigung des constitutum durch spätere Restitution zuzulassen sein. Nicht weit genug scheint mir der Entwurf darin zu gehen, daß er, wenn der Tradent Eigenthümer war, ihm die Macht verleiht, durch constitutum possessorium seine Gläubiger in für diese unersichtlicher Weise in eine schlechtere Lage

Digitized by Google

zu bringen. Solches geschieht, indem das constitutum nur den ausnahmsweisen bona fide-Erwerb hindern, im Uebrigen aber voll wirksam sein, also auch den Konkursgläubigern entgegenstehen soll. Deshalb möchte es vollauf gerechtfertigt sein, ganz allgemein die Wirkung des constitutum possessorium davon abhängig zu machen, daß es zur körperlichen Herausgabe kommt und nicht etwa inzwischen die Sache abgepfändet oder Konkurs eröffnet wird.

II. Stellung des nichtbesitzenden Eigenthumsprätendenten im rechtsgeschäftlichen Verkehre.

Die Natur der Dinge bringt es mit sich, daß über der Eigenthumsfrage — und implicite der Frage nach den aus dem Eigenthume abgeleiteten Rechten — eine gewisse Dunkelheit liegt. Von den anderen absoluten Rechten ist eine große Zahl — die dem Familienrechte und dem Erbrechte angehörigen Rechte — höchst persönlicher Natur und unveräußerlich. Damit ist die Ungewißheit über die Person des Berechtigten ausgeschlossen. Sonst kommen als absolute Rechte wohl noch die Immaterialrechte und etwa verliehene gewerbliche Privilegien vor. Bei Rechten dieser Art hat die strikte Durchführung des Legitimitätsprinzipes keine Schwierigkeiten, weil dieselben nicht von allzulanger Dauer sind oder weil vermöge des offiziellen Ursprunges über die Rechtsveränderungen Buch geführt wird. Das Legitimitätsprinzip bedeutet, daß von der ersten Entstehung des Rechtes bis zum heutigen Tage die Rechtsnachfolge klar vorliegen muß. Für das Eigenthum ist das Legitimitätsprinzip nicht zu halten, hier muß vielmehr das entgegengesetzte Prinzip gelten. Das entgegengesetzte Prinzip lautet im öffentlichen Rechte: Macht geht vor Recht, und verleiht der thatsächlichen Regierung nach der Idee vom ewigen Staate ihre Daseinsberechtigung. Im bürgerlichen Rechte ist der Besitz, die anerkannte Sachherrschaft, was Macht auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes ist. In Folge dieser Anschauung kommt man dahin, daß der Besitz Recht ist, freilich nur Recht prima vista und mit Zulässigkeit der Rektifikation. Aber es ist doch ein gewaltiger Unterschied, ob man von dem Zeitpunkte der ersten Entstehung eines absoluten Rechtes ausgeht und unter strenger Kontrolle aller ein-

Digitized by Google

getretenen Rechtsänderungen den heutigen Herrn sucht, oder ob man von der der heutigen thatsächlichen Gestaltung entsprechenden Rechtslage ausgeht und diese als die legitime Rechtslage aufrecht erhält, soweit bei den hiernach Berechtigten nicht ein besonders begründeter Rechtsmangel nachgewiesen wird. Die Ablehnung des Legitimitätsprinzipes, welche in dem französischen Satze possession vaut titre sich ausspricht, war ein genialer, im römischen Rechte nicht zur Entwicklung gelangter Gedanke. Auch im Immobilienrechte ist dieser Satz nicht ganz zu entbehren. Im Falle der Grenzverwirrung — § 852 — wird man immer von dem Besitzstande als dem in erster Linie Maßgebenden auszugehen haben. Ebenso ist für die erste Anlegung der Grundbücher das Zurückgehen auf den Besitzstand unentbehrlich, während allerdings später die Rechtsänderungen durch die Buchführung zu größerer Gewißheit gebracht werden als durch den Besitzwechsel.

Wird dem Besitzer ein einstweiliges Nutzungsrecht verliehen (mit Ausnahme des Falles der mala fides, in welchem der Besitzer, wenn er legal handeln will, nur als Verwalter fremden Gutes erscheinen darf und deshalb kein Unrecht leidet, wenn er behandelt wird, als wenn er so gesonnen gewesen wäre, wie er hätte gesonnen sein sollen), wird ferner der Besitzer im rechtsgeschäftlichen Verkehre zu Gunsten derjenigen, welche in der Annahme des Zusammenfallens an Besitz und Eigenthum mit ihm sich einlassen, was die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen betrifft, als Eigenthümer fingirt, wird endlich dem Besitzer, wenn er aus dem Eigenthume heraus Ansprüche geltend machen will, Beweisfreiheit gewährt, dann wird die rechtliche Stellung des Besitzers am besten dadurch charakterisirt, wenn man denselben als revokabelen Interims-Eigenthümer bezeichnet. Die Tendenz des Entwurfes geht nach der Ausprägung einer solchen Stellung des Mobilienbesitzers.

Der wirkliche (nicht besitzende) Eigenthümer ist lediglich ein Prätendent. Es liegt etwas Schiefes darin, dem Besitzer gegenüber im Präsens von einem wirklichen Eigenthümer zu reden, denn dieses Ergebniß kann nur durch ein lediglich unter den Parteien Recht schaffendes Urtheil herbeigeführt werden. Dem Besitzer gegenüber ist eine ungezählte Menge von Prätendenten denkbar.

Digitized by Google

Nur der Richter schafft Gewißheit, aber niemals absolute, sondern immer nur relative Gewißheit. Legt man in die Güte des Rechtes eine Relativität und nimmt man an, daß der Eine ein besseres Eigenthum als der Andere haben könne, so begeht man damit einen groben Denkfehler und eine Versündigung gegen den Begriff des absoluten Rechtes, von welcher der Entwurf in seiner publizianischen Rechtsposition des § 945 sich nicht freigehalten hat. Eine Relativität in der Feststellung des Eigenthumes ist durch die Natur des richterlichen Urtheiles gegeben. Die Relativität trifft aber nicht den Rechtsinhalt, sondern die Beantwortung der Frage, ob das Recht besteht.

Das Recht des Eigenthumsprätendenten ist nach den vorstehenden Ausführungen einem Rückfallsrechte zu vergleichen. Die Analogie trifft nach verschiedenen Richtungen zu. Prätendenten-Rechte und Rückfallsrechte sind ihrer Natur nach nicht geeignet Verkehrsobjekte zu bilden. Das Prätendenten-Recht entbehrt dieser Eigenschaft — vorläufig abgesehen hier von der Frage der Zessibilität der Vindikation — wegen der Traditionsunfähigkeit des Prätendenten. Dasselbe Hinderniß steht im Mobilienrechte dem entgegen, daß im Falle auflösend bedingter Tradition der Rückfallsberechtigte dinglich über sein Recht verfüge. Im Immobilienrechte ist das Rückfallsrecht durch § 875, Abs. 3 ausdrücklich außer Verkehr gesetzt. „Das Rückfallsrecht kann nicht veräußert oder belastet werden." Diese Bestimmung ist allerdings positiv, denn die Grundbucheinrichtung ermöglicht sehr wohl die Erfüllung aller Formerfordernisse bei Verfügung über Rückfallsrechte. Ein Verzicht auf das Rückfallsrecht bleibt selbstverständlich möglich. Es ist nicht daran zu denken, daß der Entwurf eine dingliche Aufhebung des Rückfallsrechtes hätte ausschließen wollen; aber allerdings ist die Form eines solchen Rechtsgeschäftes weder im Mobilienrechte, noch im Immobilienrechte geregelt. Eine Lücke liegt vor, denn im Sachenrechte gilt das Prinzip, daß nur diejenigen Rechtsgeschäfte Geltung haben, deren Geltung das Gesetz bestätigt hat. Die Analogie würde dafür sprechen, daß die Aufhebung in gleicher Weise zu geschehen hat, wie bei begrenzten Rechten, denn das Rückfallsrecht erscheint nicht sowohl als Eigenthum wie als

Digitized by Google

eine Beschränkung des Eigenthumes. Wären allgemeine Bestimmungen über die Entlastung des Eigenthumes durch Rechtsgeschäft aufgenommen, so würde die Lücke vermieden sein. Für die aufhebenden Rechtsgeschäfte hat der Entwurf das Prinzip des einseitigen Verzichtes angenommen (vgl. §§ 1016, 1189). Nichts liegt näher, als daß die Ansprüche des Eigenthumsprätendenten gegen den Besitzer der beweglichen Sache (im Immobilienrechte wird der eingetragene Eigenthümer an dessen Stelle treten) auch durch einseitigen Verzicht, bei welchem der Besitzer der Empfänger der Erklärung ist, aufgehoben werden. Der Entwurf hat anders disponirt. Diese Disposition hängt damit zusammen, daß der Entwurf von der Regel ausgeht, der Eigenthümer (nicht der Besitzer) übertrage Eigenthum. Im Anschlusse an diese Regel wird zunächst der Fall geregelt, wenn der Eigenthümer zugleich Besitzer ist und wird für diesen Fall Vertrag und Uebergabe verlangt. Sodann wird im letzten Absatze des § 874 der Fall in Betracht gezogen, daß der Eigenthümer nicht Besitzer ist. Für diesen Fall wird lediglich von dem Erfordernisse der Uebergabe dispensirt, aber das Erforderniß des Vertrages wird beibehalten: „Die Uebergabe der Sache ist nicht erforderlich, wenn der Erwerber sich bei Schließung des Vertrages bereits im Besitze der Sache befindet." Der Fall der Uebergabe des Besitzers, in welchem der Erwerber eine beliebige andere Person sein kann und der Fall des Rücktrittes eines Eigenthumsprätendenten, bei welchem dieser lediglich zu Gunsten des Besitzers über sein Recht verfügen kann, sind indessen wesentlich verschieden. Den letzteren Fall sieht man richtiger so an, daß der Besitzer von drohenden Ansprüchen frei wird und sein revokabeles Recht sich purifizirt, als daß das Eigenthum des Prätendenten, welches ja immer noch zweifelhaft bleibt, auf ihn übertragen wird. Der Besitzer ist gegenüber allen möglichen Prätendenten in der Konsolidationslage. Im Konvaleszenzfalle (§ 876, § 127) soll die Einwilligung des (nicht besitzenden) wirklichen Eigenthümers die Uebergabe des Besitzers auch in den Fällen, in welchen dieselbe nicht schon sonst mit Rücksicht auf die Vorschriften über den bona fide-Erwerb wirksam wäre, wirksam machen. Die Einwilligung ist eine einseitige Erklärung und von der Vollmacht darin unter-

Digitized by Google

schieden, daß der Empfänger der Einwilligung nicht in die Rolle eines Vertreters tritt, sondern eine Erweiterung seiner konkreten Verfügungsmacht erlangt. Außer der zu einer Veräußerung des Besitzers ertheilten Einwilligung muß man sich auch eine entsprechende einseitige Erklärung denken können, welche abgegeben wird, ohne und bevor der Besitzer an eine Veräußerung denkt, denn es ist nicht abzusehen, weshalb eine Veräußerung dazu nöthig sein sollte, damit eine Erklärung des Eigenthumsprätendenten zu Gunsten des Besitzers Wirksamkeit gewinnen sollte. Die Einwilligung im früheren Stadium, bevor von einer Veräußerung die Rede ist, erscheint als einseitiger dinglich bindender Verzicht des Eigenthumsprätendenten zu Gunsten des Besitzers. An Stelle des § 874, Abs. 3 würde hiernach folgende Vorschrift aufzunehmen sein:

„Zur Aufhebung des Rechtes des Eigenthümers, welcher nicht im Besitze der Sache ist, genügt die einseitige gegenüber dem Besitzer abzugebende Verzichtserklärung des Eigenthümers."

Wegen der Zweifelhaftigkeit aller Prätendenten-Rechte redet man besser von der Aufhebung des Rechtes des Eigenthümers als von dessen Uebertragung. In der Sache kommen beide Ausdrucksweisen auf dasselbe hinaus, denn die mit der Aufhebung des wirklichen Eigenthümers eintretende Herrenlosigkeit kann nur dem Besitzer zu Gute kommen.

Ein zweiter Fall, in welchem eine Verfügung oder eine eintretende Gebundenheit des nichtbesitzenden wirklichen Eigenthümers von Wirksamkeit ist, ist der Konvaleszenzfall. Der Entwurf hat geglaubt, diesen Fall besonders regeln zu sollen und sind einander nachgebildete Vorschriften für Zession, Immobilienrecht und Mobilienrecht aufgenommen. Nur im Mobilienrechte war in der Vorlage eine Vorschrift über Konvaleszenz vorgeschlagen. Im Grundbuchrechte war dagegen nur der Satz vorgeschlagen, daß eine Eintragungsbewilligung nicht um deswillen unwirksam sein solle, weil sie vor der Erwerbung des Rechtes ausgestellt sei, gegen welches die bewilligte Einschreibung sich richten solle. Für den Zessionsfall war überhaupt kein Vorschlag gemacht worden. Die drei Fälle der Konvaleszenz des Entwurfes liegen unter einander wesentlich verschieden. In den beiden sachenrechtlichen Fällen wird

Digitized by Google

durch das Rechtsgeschäft, dessen Konvaleszenz in Frage steht, ein Zustand — Besitz, beziehungsweise Eintragung — geschaffen, welcher eine konsolidationsfähige Rechtsposition des Erwerbers begründet. Die Zession eines Nichtgläubigers erscheint dagegen als ein reiner Schlag ins Wasser; es ist auch gar nicht abzusehen, wie Jemand (abgesehen von dem besonders geordneten Erbfalle) dazu kommen soll, sich irrthümlich für den Gläubiger einer ihm nicht zustehenden Forderung zu halten. Noch weniger ist aber die auch durch § 310 getroffene Komödie verständlich, daß Jemand bewußter Weise über die Forderung eines Anderen verfügt und Jemanden findet, welcher hierbei den empfangenden Theil spielt. Daß die bisherigen Gesetzgebungen sich nicht um den Konvaleszenzfall bei der Zession gekümmert haben, würde kein durchschlagender Grund sein, von einer Behandlung desselben abzusehen. Aber auch in den Präjudizien der bisherigen Rechtsprechung und in der gemeinrechtlichen Doktrin eine Spur zu finden, möchte schwer fallen. Auch in den Motiven II, S. 138 ff. ist nur ein originelles Raisonnement ohne jeden festen Fuß in Gesetzgebung, Praxis und Wissenschaft gegeben. Man gelangt daher zu der Anschauung, daß die Vorschrift über die Konvaleszenz bei der Zession lediglich eine Imitation der entsprechenden sachenrechtlichen Vorschriften ist, bei welcher man den großen Unterschied nicht beachtet hat, daß die formalisirten sachenrechtlichen Geschäfte einen der herbeizuführenden neuen Rechtslage entsprechenden und dem Erwerber eine bestimmte Rechtsposition verschaffenden Zustand herstellen, während die Zession des Nichtgläubigers lediglich aus thörichten Worten besteht.

Bei dem dinglichen Uebertragungsgeschäfte, diesen Ausdruck im weitesten Sinne genommen, macht der Mangel des Rechtes in der Person des Veräußerers an sich das Geschäft zu einem nichtigen und bedeutungslosen Akte. Von einer Bindung des Veräußernden für die Zukunft für den Fall, daß derselbe später das Recht erlangen sollte, kann nicht wohl die Rede sein. Wenn er das Recht nicht hat, so ist das Geschäft eben verfehlt. Eine ganz andere Beurtheilung tritt ein, wenn man nach der hier vertretenen Anschauung den Besitzer (von der ähnlichen Lage des Eingetragenen wird später die Rede sein) als einen revokabel Berechtigten ansieht,

Digitized by Google

welcher in der Konsolidationslage sich befindet. Alsdann gelangt der Rechtsnachfolger in die gleiche Rechtslage. Die Fälle der Konvaleszenz, welche § 876 anführt, erscheinen alsdann als Fälle der Konsolidation. Der nichtbesitzende wirkliche Eigenthümer willigt in den vollen Rechtserwerb des Empfängers der Sache. Was kann hierin anders liegen als ein Verzicht auf seine Eigenthumsprätensionen? Ob der Verzicht gegenüber dem Veräußerer, welcher alsdann zunächst selbst von jenen Ansprüchen liberirt wird, oder ob derselbe gegenüber dem Erwerber, in dessen Person alsdann die Konsolidation eintritt, erklärt wird, ist gleichgültig. Ebenso liegt die Sache mit der Genehmigung. Das einzig Auffällige könnte sein, daß die der Uebergabe nachfolgende Genehmigung mit bindender Kraft auch dem Veräußerer ertheilt werden kann (§ 127, Abs. 1). Hält man eine besondere Bestimmung in dieser Richtung für erforderlich, so braucht man nur in der vorstehend vorgeschlagenen Vorschrift über den Verzicht des nichtbesitzenden Eigenthümers auch den Vormann des gegenwärtigen Besitzers als möglichen Erklärungsempfänger mit anzuführen. Die Genehmigung, sowie die Einwilligung des § 876 sind ihrem Wesen nach nichts als Verzichtserklärungen. Es kann nur irrthümliche Rechtsanschauungen erwecken, wenn man in ihnen eine besondere Art von Rechtsgeschäften erblickt, welche weder Vollmachtserklärung oder Genehmigungserklärung im Sinne der Vorschriften über die Vertretung bei Rechtsgeschäften, noch auch Verzichtserklärungen sind. Erblickt man aber in ihnen Verzichtserklärungen, so bedürfen diese Konvaleszenzfälle keiner besonderen Berücksichtigung im Gesetze. Es bleiben dann nur noch die Fälle, daß die zu befürchtenden Vindikationsansprüche an den Veräußerer gelangen oder bei einer Person sich befinden (dem Erben nach Erlöschen des Inventarrechtes), welche Universalnachfolger des Veräußerers ist und denselben nach allen Richtungen zu vertreten hat. Die Frage ist, ob es einer Bestimmung bedürfe, daß der Veräußerer nicht selbst durch Erhebung der schließlich an ihn gelangten fremden Vindikationsansprüche die von ihm ausgegangene Zuwendung aufheben könne. Obligatorisch ist der Veräußerer jedenfalls aus der causa der Zuwendung gebunden, solches nicht zu thun (exceptio rei venditae et traditae),

Digitized by Google

aber ist er auch dinglich gebunden, so daß also im Falle des Konkurses des Veräußerers der Konkursverwalter die Sache abholen könnte und der Erwerber mit seinen obligatorischen Ansprüchen in tributum gehen müßte? Ich glaube, daß die für den Fall der exceptio rei venditae et traditae anerkannte dingliche Gebundenheit aus der Natur des dinglichen Vertrages sich ableiten läßt, da dieser Vertrag nicht ein bestimmtes Eigenthum, wie es konkret in der Person des Veräußerers begründet ist, verschaffen will, sondern Eigenthum schlechtweg. Sollte der Besitzer den Vorbehalt gemacht haben, er übertrage das Eigenthum, welches er als Erbe einer bestimmten Person sich beimesse, so würde er an der Geltendmachung anders begründeter Vindikationsansprüche nicht gehindert sein. Ist aber schlechtweg Eigenthum übertragen, so würde der Veräußerer mit Erhebung von Vindikationsansprüchen in direkten Gegensatz zu seiner Willenserklärung sich setzen. Auch ohne besondere Vorschrift wird man nicht verkennen, daß der Veräußerer rechtlich gehindert ist, in einen solchen Widerspruch zu seinem Worte zu treten. Die Nichtaufnahme einer besonderen Vorschrift wäre wünschenswerth, weil es sich doch um einen fernliegenden Fall handelt. Man muß Gestohlensein der Sache oder mala fides des Erwerbers voraussetzen, denn sonst geht der Eigenthumserwerb glatt vor sich. Die Vorschriften des § 876 würden also auf Diebe und Hehler berechnet sein. Endlich ist auch noch eine Unvollständigkeit in der Regelung des Entwurfes zu bemerken. Die Konsolidation kann eine partielle sein. Die Sache war zu Faustpfand gegeben, aber ohne Willen des Pfandgläubigers wieder in Hand des Eigenthümers gelangt, welcher die Sache an eine mit der Rechtslage bekannte Person veräußert und übergiebt. Darauf beerbt der Eigenthümer den Pfandgläubiger. Zunächst konnte der Erwerber nur zu einem geschwächten Eigenthum gelangen; diese Schwächung wird später aufgehoben. Also würde man von einer partiellen Konvaleszenz reden können. Auch diese Unvollständigkeit und die mit Beseitigung derselben verbundenen Umstände sprechen dafür, lieber gänzlich zu schweigen.

Da hier für die Verzichtserklärung des Eigenthumsprätendenten gegenüber dem Besitzer die Analogie der Vorschriften über die Aufhebung begrenzter Rechte durch Rechtsgeschäft herangezogen ist, so

Digitized by Google

möge ein Exkurs über eine in den letztgedachten Vorschriften vorkommende Inkongruenz gestattet sein.

Nach §§ 1016, 1189 ist die Aufhebung eines Pfandrechtes oder eines Nießbrauches nur möglich, wenn die aufzuhebenden Rechte nicht mit Rechten Dritter belastet sind. An sich würde der Umstand der Belastung nur zur Folge haben, daß die Aufhebungserklärung salvo jure tertii wirkt. Der Entwurf setzt sowohl im Mobilienrechte als im Immobilienrechte (§ 960, Abs. 2, § 965, Abs. 2, § 977, Abs. 2, § 1015, § 1016, Abs. 2, § 1021, Abs. 2, §§ 1025, 1048, 1061 und 1206, Abs. 2 in Verbindung mit § 1189) an die Stelle der Wirkung mit Vorbehalt die absolute Unwirksamkeit. Für das Immobilienrecht ist die Anwendbarkeit des Konvaleszenzparagraphen bestimmt, für das Mobilienrecht nicht. Der Gewaltstreich — denn ein solcher liegt vor — ist geschehen, um verwickelte Rechtsverhältnisse zu verhüten. Die getroffene Regelung setzt sich in Widerspruch mit den Grundprinzipien des dinglichen Rechtsgeschäftes. Wenn eine dinglich wirkende Willenserklärung abgegeben ist und der Erklärende zwar berechtigt, aber in seinem Rechte beschränkt oder belastet war, während die Absicht auf die Verschaffung eines unbeschränkten und unbelasteten Rechtes ging, so hat dieser Mangel auf die bindende Kraft der Erklärung keine Einwirkung, nur kann nemo plus juris transferre quam ipse habet. Ein Widerrufsrecht, welches Mot. III, S. 463 annehmen, ist undenkbar. Um die Extravaganz der getadelten Vorschriften des Entwurfes zu erkennen, denke man sich folgenden Fall. An einer Million in Preußischen Konsols ist ein Nießbrauch bestellt; die Papiere liegen bei der Reichsbank (§ 1036). Der Nießbraucher hat etwas Geld nöthig und verpfändet den Nießbrauch, indem er die Reichsbank von der Verpfändung in Kenntniß setzt und anweiset für den Pfandgläubiger zu detiniren (vgl. §§ 1208, 1011, 983, 1147). Später erscheint es dem Nießbraucher bequemer, den Nießbrauch ablösen zu lassen. Er vereinbart also eine Ablösungssumme, der Eigenthümer übernimmt daneben die Verpflichtung, den Pfandgläubiger zu befriedigen und erhält alsdann Zug um Zug die Erklärung des Verzichtes auf den Nießbrauch, um dann mit diesem Verzicht und der Quittung des Pfandgläubigers über die

Digitized by Google

solutio pignoris bei der Reichsbank sein unbeschränktes Recht nachzuweisen. Die Folgen der Ignoranz des neuen Rechtes könnten dann darin bestehen, daß, da die Verzichtserklärung nichtig ist und das doch wohl absichtliche Schweigen des Entwurfes über die Anwendbarkeit des Konvaleszenzparagraphen die Annahme einer Konvaleszenz auf Grund der Gesetzesanalogie ausschließt, der Eigenthümer um die Ablösungssumme gebracht ist. Die Reichsbank verweiset den Eigenthümer auf die Nichtigkeit des Verzichtes des Nießbrauchers. Dieser ist inzwischen in Konkurs gerathen und der Konkursverwalter zieht natürlich den noch bestehenden Nießbrauch des Kridars zur Masse, während der Eigenthümer mit der Rückforderung der Ablösungssumme und seiner Auslagen zur Befriedigung des Pfandgläubigers in tributum gehen muß. Die Motive führen an, daß auch im Falle der Vereinigung von Nießbrauch bezw. Pfandrecht und Eigenthum die Aufhebung der belasteten Rechte einstweilen ausgeschlossen bleibe (§ 1016, Abs. 1, Satz 2, § 1193). Durch diese Regel wird aber dem Eigenthümer, da das Recht ohne Berechtigten fortbesteht, nichts genommen, während im Falle des Verzichtes dem Eigenthümer die Rechtswirkung des Verzichtes entzogen wird und der Berechtigte, welcher verzichtet hat, fortfährt den Eigenthümer zu bedrohen. Aber auch die für das Immobilienrecht bestimmte Anwendung des Konvaleszenzparagraphen würde kein richtiges Resultat liefern. Ist der Nießbrauch an einem Grundstücke verpfändet (§§ 1208, 828) und wird alsdann von dem Nießbraucher die Aufhebungserklärung gegenüber dem Grundbuchamte abgegeben (§ 977), so bleibt doch der Nießbrauch einstweilen bis zur Löschung, zu welcher die Einwilligung des Pfandgläubigers erforderlich ist (§ 965, Abs. 2), bestehen. Da das Pfandrecht am Grundstücks-Nießbrauche hypothekenartig ist, dem Nießbraucher die Nutzungen beläßt (§ 1214, Abs. 1) und den Pfandgläubiger auf die Realisirung seines Rechtes im Wege der Zwangsvollstreckung verweiset (§ 1215), so fallen die Nutzungen bis zur Löschung des Pfandrechtes dem Nießbraucher trotz seiner Verzichtserklärung zu, während dieselben bei Wirkung des Verzichtes salvo jure dem Eigenthümer zufallen würden und letzterer nur bei Ausbleiben der Befriedigung des Pfandgläubigers mit diesem sich abzufinden haben würde.

Digitized by Google

Eine gewisse Veräußerungsbefugniß legen die Motive dem nicht besitzenden Eigenthümer dadurch bei, daß sie auf den Herausgabeanspruch die Vorschriften über die Zession der Forderungen angewendet wissen wollen. Die Motive III, S. 399, 400 nehmen eine Abtretbarkeit der Vindikation an, welche nicht mit der Uebertragung des Eigenthumes zusammenfalle, indessen ein unverbringliches und unwiderrufliches Recht gewähre. Diese Unverbringlichkeit hat allerdings ihre Lücken, wenn der Zedent inzwischen selbst die Sache zurückerlangt oder Konkurs über das Vermögen desselben ausbricht.

Der Begriff des Anspruches (§ 154, Abs. 1: Recht von einem Anderen eine Leistung — die zur Verwirklichung des Rechtes erforderliche Handlung oder Unterlassung — zu verlangen) leidet an großer Dunkelheit, sobald man das Gebiet des Obligationenrechtes überschreitet. Um über den sachenrechtlichen oder rein dinglichen Anspruch Klarheit zu erlangen, muß man sich die gesetzlichen Imperative vergegenwärtigen, welche zu Gunsten des dinglich Berechtigten bestehen, denn dessen Recht ist nur die Kehrseite dieser Imperative. Dieselben legen allen übrigen Personen lediglich ein Unterlassen auf. Die römischen Juristen bezeichnen ausdrücklich dem dinglich Berechtigten gegenüber alle übrigen Personen als nullo jure obligati (§ 1 J. de act. 4,6). Das Unterlassen des Befohlenen würde ein Delikt sein; dasselbe kann deshalb niemals unter das Licht einer Leistung treten. Es wird keiner weiteren Ausführung bedürfen, daß man das Unterlassen eines Attentates nicht als eine dem Bedrohten gemachte Leistung bezeichnen darf. Dann aber deckt die Definition des Anspruches sich vollständig mit dem Begriffe der Obligation und wie der Entwurf von einer cessio obligationum (nicht actionum), so hätte er auch von einer praescriptio obligationum reden müssen. Man bemerke hierbei, daß das Unterlassen, welches den Leistungsgegenstand einer Obligation darstellt, von einer besonderen Art sein muß. Es muß einen Verzicht auf eine an sich gegebene rechtliche Freiheit enthalten, z. B. das Versprechen auf einem Grundstücke etwas zu unterlassen, zu dessen Vornahme man nach Nachbarrecht befugt ist, welches aber doch vielleicht den Nachbar belästigt. Aus dem dinglichen Rechte

Digitized by Google

können aber unter Hinzutritt weiterer Thatbestände Obligationen entstehen. Die nächste Art, wie solches geschieht, zeigt sich in der Exhibitionspflicht bei beweglichen Sachen. Damit die Rechtsverwirklichung nicht an formellen und zufälligen Schwierigkeiten scheitere, hat der Vindikationsbeklagte die bewegliche Sache vorzulegen, auf daß der Zugriff des siegreichen Klägers ermöglicht werde, ähnlich wie die Verbindlichkeit besteht, die zur Berichtigung des unrichtigen Grundbuches erforderlichen Erklärungen abzugeben. Weitere Thatbestände sind Delikt, Bereicherung, malae fidei possessio, Prozeßbesitz und ergeben sich aus denselben ganz gewöhnliche zessibele Obligationen auf Entschädigung.

Alle aus dem Rechte an der Sache sich entwickelnden Forderungsrechte sind zessibel, der Anspruch auf Exhibition hängt aber von einer nicht übertragbaren Eigenschaft des Gläubigers (§ 295) ab, nämlich von dem Eigenthume desselben, über welches der besitzlose Prätendent nicht verfügen kann. Nur eine Bevollmächtigung bleibt möglich und wird deshalb eine jede Abtretung des Anspruches auf Herausgabe als Bevollmächtigung auszulegen sein. Der Vollmachtgeber kann sich obligatorisch binden, die Vollmacht aufrecht zu erhalten, aber die Bindung kann keine dingliche sein. Hiermit ist aber auch dem Bedürfnisse genügt. Es würde bedenklich sein, wenn im Wege der Zession solche zweifelhafte und unsichere Werthe wie Eigenthumsprätensionen in den Verkehr gebracht werden könnten.

§ 7. Rechtsgeschäfte des Immobilienrechtes.

Bei genauer Unterscheidung erscheinen die Grundstücke als partes pro diviso, körperliche Unterabgrenzungen, der einen konkreten beweglichen Sache, nämlich des Planeten Erde, von welchem unser nationales Privatrecht auch wieder nur auf eine pars pro diviso, unser Territorium, sich erstreckt. Alle übrigen Sachen, Stücke der Körperwelt, stehen auf der anderen Seite. Gegenstände, welche den Uebergang bilden, giebt es nicht. Den Buden und bewohnten Schiffen, welche die Mot. III, S. 117 anführen, um die ununterschiedene Erstreckung der Besitzinterdikte und der negatoria auf Mobilien und Immobilien mit Rücksicht auf verbindende Glieder

Digitized by Google

zu rechtfertigen, kann eine gemischte Natur nicht zugestanden werden. Die besondere Behandlung des Grundbesitzes, auf welchem unser Volk lebt und unser Recht gilt, hat von vornherein viele Gründe für sich. Es liegt das System sehr nahe, alles Grundeigenthum von einer Konzession des Staates abzuleiten und diesen allerdings im Laufe der Jahrhunderte verdunkelten Ursprung doch dadurch in seinem Grundgedanken zu erhalten, daß der Staat über das Grundeigenthum Buch führt und durch einen öffentlichen Akt, die Eintragung in das Buch, Eigenthum verleiht. Diese Verleihung wird auf Grund einer Prozedur zu geschehen haben, welche die Einwilligung oder das Einwilligen-Müssen des verlierenden Theiles feststellt, aber immerhin würde eine solche Prozedur mit ihren Rechtshandlungen von den Rechtsgeschäften sich unterscheiden und insbesondere die verfügte und geschehene Eintragung ebenso wie das richterliche Urtheil formelle Rechtskraft besitzen. Für die Anwendung dieses Systemes läßt sich Manches sagen. Die Eintragung schafft sicheres formales Recht und ist nur dem gesetzlich geregelten Angriffe durch Rechtsmittel ausgesetzt.

Das andere System läßt alle Rechtsänderungen, soweit nicht das Zwangsenteignungsrecht (im weitesten Sinne genommen) in Frage kommt, ebenso wie im Mobilienrechte als Wirkungen des Rechtsgeschäftes, also als begehrte Folgen der Privatwillenserklärungen erscheinen. Daß dieses System viel besser mit dem übrigen bürgerlichen Rechte harmonirt, ist klar. Ein begründeter Vorwurf kann wegen der Wahl desselben gegen den Entwurf nicht erhoben werden. Aber ein schwerer Vorwurf, welcher das ganze Grundbuchrecht des Entwurfes umwirft, läßt sich nicht ersparen. Der Entwurf hat in der Eintragung in dem Grundbuche eine rechtsgeschäftliche Form erblickt, andererseits aber übersehen, daß in dem erforderlichen Abgeben der Erklärungen vor oder gegenüber dem Grundbuchamte eine Form zu finden ist.

In den Mot. III, S. 175 ist wenig Aufklärung über den Standpunkt des Entwurfes zu finden. Aus dem Entwurfe selbst ergiebt sich, daß die Eintragung als Thatbestandsmoment des Rechtsgeschäftes angesehen wird, ohne dessen Vorliegen die beabsichtigte Wirkung nicht eintritt. Es ist schwer zu begreifen, wie die Hand-

Digitized by Google

lung eines Dritten, des Grundbuchbeamten, als Thatbestandsmoment einer Privatwillenserklärung erscheinen kann, da in den rechtsgeschäftlichen Thatbestand nur die Art und Weise der Abgabe der Erklärung (an welchem Orte, mit welchen Erklärungsmitteln, vor welcher Person 2c.) hineingezogen werden kann und alsdann eine rechtsgeschäftliche Form in Frage steht. Daß im Entwurfe die Eintragung als Form gedacht sei, geht daraus hervor, daß die dieser Auffassung entfließenden Konsequenzen, welche praktisch offenbar nicht haltbar sind und insbesondere die Widerruflichkeit der Erklärung bis zur Eintragung ergeben würden, durch besondere Vorschriften in §§ 828, 831 modifizirt werden. Daß bei Betrachtung der Eintragung als Form über den Begriff der Form hinausgegangen wird, kann nicht geleugnet werden. Die Eintragung kann allerdings unter den Begriff der Form fallen, aber doch nur dann, wenn man dem Systeme der Rechtsveränderung durch öffentlichen Akt folgt. Die Eintragung ist alsdann die Form der Willenserklärung des staatlichen Organes, welchem die Entscheidung über die Veränderung im Rechtsbestande anvertraut ist. Hierdurch wird ersichtlich, daß der Entwurf beide Systeme vermengt.

Wenn nun die Eintragung nicht als Form gelten kann, so fragt sich, ob nicht eine andere Form vorgeschrieben werden müsse. Die §§ 828, 834 erwecken den Gedanken, daß die mündliche Abgabe der Erklärung vor dem Grundbuchamte (wenn ein Vertrag erforderlich ist, Schließung vor dem Grundbuchamte) als Form vorgeschrieben, und nur dabei der Regel nach die Zustellung einer schriftlichen Erklärung an das Grundbuchamt der mündlichen Vornahme vor dem Grundbuchamte gleichgestellt werde. Hieraus würde man dann zu schließen haben, daß die Abgabe der Erklärung vor oder gegenüber dem Grundbuchamte die nothwendige Form der Erklärungen und mithin vor der Abgabe der Erklärung in der Richtung auf das Grundbuchamt nichts geschehen sei. Einer solchen Formalisirung würde der gewiß einleuchtende und praktische Gedanke zu Grunde liegen, daß die Erklärungen, welche eine Veränderung im Rechtszustande bezwecken, der Regel nach in dem Grundbuchamte manifester Weise abzugeben sind, so daß also das Grundbuchamt das gesammte Erklärungs-Material übersieht und

Digitized by Google

daß eine Erklärung, die nicht in vorgeschriebener manifester Weise abgegeben ist, nicht existirt. Man muß indessen einen jeden Gedanken, daß vor dem Entwurfe eine solche Formalisirung beabsichtigt sei, aufgeben, wenn man die Vorschrift in § 828, Abs. 3 in Rücksicht nimmt, daß, wenn der Vertrag außerhalb des Grundbuchamtes geschlossen, die Parteien auch von jeder Einreichung des Vertrages communi consensu abgesehen haben, dagegen ein Betheiligter den schriftlichen Vertrag mit dem Antrage auf Eintragung eingereicht hat, und die Eintragung geschehen ist, das Rechtsgeschäft damit seinen Abschluß erreicht haben soll. Dazu kommt nun ferner noch, daß der in § 828, Abs. 3 erwähnte Antrag nach den Motiven zur Grundbuchordnung S. 52 nicht als rechtsgeschäftliche Erklärung, sondern als eine Rechtshandlung anzusehen ist, auf deren Vorliegen das Grundbuchamt bei Verfügung der Eintragung zwar halten soll, ohne daß indessen der Mangel des Antrages der Wirkung der erfolgten Eintragung Abbruch thäte. Auch die Vorschrift des § 39 des Entwurfes einer Grundbuchordnung, daß die schriftlichen Erklärungen, auf welche die Eintragung gestützt wird, in öffentlich beglaubigten Urkunden vorliegen müssen, ist nur eine Ordnungsvorschrift. Endlich braucht nach § 21 der G. B. dem Grundbuchamte nicht eine Vertragsurkunde vorzuliegen, sondern es genügt das Vorliegen der einseitigen Eintragungsbewilligung des Berechtigten. Das Grundbuchamt kann deshalb mit Rechtswirksamkeit einen Nießbrauch eintragen, wenn ihm eine schriftliche Eintragungsbewilligung des als Eigenthümer Eingetragenen auf irgend einem Wege in die Hände gekommen ist. Die mit einer solchen Regelung verbundene Rechtsunsicherheit wird nicht verkannt werden können. Das Ergebniß geht also dahin, daß einerseits etwas als Form behandelt wird, was keine Form ist und daß auf der anderen Seite, abgesehen von dem Erfordernisse einfacher Schriftlichkeit, volle Formfreiheit für die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Immobilienrechtes herrschen soll, wie in den Motiven zur Gr.-O. S. 75 mit dürren Worten zugestanden wird. Dabei bleiben noch immer Zweifel und Widersprüche. Die Abgabe der Erklärungen vor dem Grundbuchamte (Auflassung) bei der Eigenthumsübertragung und der Begründung eines Erbbaurechtes ist doch jeden-

Digitized by Google

falls eine Form, welche nicht durch schriftlichen Verkehr ersetzt werden kann. Die Abgabe der schriftlichen Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamte soll dagegen keine Form sein.

Hoffentlich tritt eine Beseitigung der Zweifel und Widersprüche in zweiter Lesung ein. Folgende Gesichtspunkte möchten hierbei zu beachten sein:

Alle Erklärungen im Immobilienverkehre sind zu formalisiren, und zwar so, daß sie in einer dem Grundbuchamte offenbaren Weise erfolgen müssen, daß also stets das Grundbuchamt Empfänger oder Mitempfänger der Erklärung ist.

Die normale Form besteht darin, daß die Erklärungen vor dem Grundbuchamte abgegeben werden müssen. Um den Zeitpunkt der Vollendung der Erklärung festzustellen wird es auch nöthig sein, vorzuschreiben, daß die Erklärung zu Protokoll des Grundbuchamtes zu geschehen habe. Die Vorschriften über die Protokollirung ergeben alsdann, wann die Erklärung unwiderruflich geworden ist. Ein solches Verfahren schließt nicht aus, daß die Regelung der Protokollirung einstweilen aus den in den Motiven zur Gr.-O. S. 75 angegebenen Gründen den Landesgesetzen überlassen bleibt. Bei mündlichen Verhandlungen vor einer Behörde kann das flüchtige Wort nicht genügen und wird erst dann als vernommen gelten, wenn es fixirt ist, denn das Gedächtniß, in welches das Wort von der Behörde aufgenommen wird, besteht aus beschriebenem Papier, da die Personen wechseln, die Registratur aber bleibt.

An die Seite der mündlichen Verhandlung stellt der Entwurf die schriftliche. Ein schriftlicher Vertragsabschluß vor dem Grundbuchamte, bei welchem die Kontrahenten den Vertragsabschluß anzeigen, bleibt von der Auflassung verschieden, denn bei dieser ereignet sich der Vertragsabschluß dramatisch vor dem Grundbuchamte, bei jenem wird über eine vorher und anderwärts geschehene Willenseinigung berichtet und allerdings die in der Urkunde verkörperte Willenseinigung vorgelegt. Vertrag lediglich für den Fall der Auflassung, im Uebrigen aber nur einseitige Erklärungen des Verlierenden zu verlangen. Gegenüber dem Entwurfe würde hierin nur eine Aenderung der geringfügigsten Art liegen. Denn nach

Digitized by Google

§ 21 des G.-B. braucht nicht der schriftliche Vertrag, sondern nur die Erklärung des Verlierenden vorgelegt zu werden. Der Unterschied besteht also lediglich darin, daß bei der einen Gestaltung der Erwerber, wenn er des erworbenen Rechtes ledig werden will, sagt, er habe nicht erworben, weil kein Vertrag vorliege, bei der anderen Gestaltung auf das Recht verzichtet wird. Die dinglichen Rechte sind alle so gestaltet, daß sie nicht belasten, nur bei den Reallasten bestrickt das Recht den Berechtigten anomaler Weise mit einer Obligation, eine Anomalie ohne tieferen Grund, welche besser zu beseitigen ist. Praktisch würde es sein, wenn für die Löschungen keine Kosten berechnet, sondern immer schon bei der Eintragung vorauserhoben würden. Gegen die allgemeine Wirksamkeit der einseitigen Erklärung bei Zuwendungen im Immobilienrechte läßt sich auch nicht einwenden, daß man alsdann einem Anderen ohne dessen Mitwirkung ein Recht in die Tasche stecken könne und daß hierdurch Bestechungen erleichtert werden würden. Das Vergehen der passiven Bestechung tritt ebensogut in der Annahme als in dem Behalten hervor. Hiernach würde es meines Erachtens unbedenklich sein, für alle dinglichen Rechtsgeschäfte mit Ausnahme der Uebertragung des Eigenthumes und der Begründung eines Erbbaurechtes schriftliche Erklärung gegenüber dem Grundbuchamte genügen zu lassen. Dabei sollte aber Beglaubigung der Erklärung als Form erfordert werden als Ersatz dafür, daß die Legitimation der persönlich vor dem Grundbuchamte Auftretenden entfällt. Bei der einseitigen schriftlichen Erklärung inter absentes bleibt doch immer noch eine Lücke. Es steht nämlich nicht fest für das Grundbuchamt, ob die ihm zugehende Erklärung in der Richtung auf das Amt von dem Erklärenden abgesendet sei, ein Zweifel, welcher übrigens bei allen schriftlichen Erklärungen obwaltet (§ 74, Abs. 1). Da diese kleine Unsicherheit auch sonst als ohne praktische Bedeutung sich erwiesen hat, so wird auch hier darüber hinweggesehen werden können.

Es würde sich also das einfache Resultat ergeben: bei Eigenthumsübertragung und Begründung eines Erbbaurechtes Vertragsabschluß von dem Grundbuchamte, sonst Zugang der einseitigen beglaubigten schriftlichen Erklärung des Verlierenden.

Digitized by Google

Wenn der Entwurf die letztere Erklärung als „Eintragungsbewilligung bezeichnet, so liegt hierin auch eine Vermengung der beiden Systeme. Wird das Recht durch den formellen Akt des Beamten geändert, so gehen die Konsense der Betheiligten allerdings auf die Aktion der Hand des Beamten, das heißt auf die Vornahme der Eintragung; *das Recht folgt dem Buche*. Ist aber das Rechtsgeschäft die Aenderungsursache, so geht der Wille auf Rechtsänderung und betrachtet die Eintragung als Konsequenz der Rechtsänderung; *das Buch folgt dem Rechte*. Natürlich bleibt die Auslegung der Eintragungsbewilligung als auf entsprechende Rechtsänderung gehend frei. Daß die betreffenden Erklärungen rechtsgeschäftliche Erklärungen und nicht Konsense in einem Akt des Beamten sind, erkennt der Entwurf in § 832, welcher den Fall der Simulation betrifft, an. Im Falle dieses Paragraphen ist die *Eintragungsbewilligung* gewiß ernstlich und nicht simulirt. Es wird deshalb von einem zum Scheine vorgenommenen Rechtsgeschäfte und nicht von einer zum Scheine vorgenommenen Eintragungsbewilligung geredet.[1])

Wenn die Rechtsgeschäfte so formalisirt sind, daß ihre Perfektion dem als Erklärungsempfänger fungirenden Grundbuchamte manifest wird, so ist der Umstand, daß eine Zeit sich einschaltet, bis das Grundbuchamt über die vorzunehmenden Eintragungen sich schlüssig gemacht, diese angeordnet hat und bis die Eintragung

---

1) Uebrigens ist der Bruch mit den allgemeinen Grundsätzen in § 832 nicht gerechtfertigt. Mit der Simulation unbekannte Personen sind geschützt. Wenn aber der Treuhänder untreu wird und an einen untreuen Mitwisser veräußert, weshalb soll dann dieser Theilnehmer an der Untreue, welche nach § 266, Ziff. 2 Str.-G.-B. strafbar sein kann, contra regulam juris durch Aufrechterhaltung des dinglichen Rechtsbestandes geschützt werden? Die Vorschrift ist originellen Ursprunges und findet im geltenden Rechte keine Stütze. Eine Nichtigkeit (§ 96, Abs. 1), welche nur inter partes geltend gemacht werden kann, wie solche in § 832 angenommen wird, ist eben keine Nichtigkeit. Freilich kommt relative Nichtigkeit (auch wenn sie Unwirksamkeit genannt wird) in § 107, Abs. 1 (Veräußerungsverbot) und § 12, K. O. (Einführ-Gesetz Art. 13) vor, Fälle, in welchen man besser von bedingter Wirksamkeit (Vorlage des Allg. Theils über Rechtsgeschäfte § 25) reden würde, um nicht den Begriff der Nichtigkeit umzustoßen.

Digitized by Google

derselben erfolgt ist, ohne praktischen Nachtheil. Bei der Vorlegung des Grundbuches sollen nach § 15 der Grundbuchordnung auch die noch nicht erledigten Eintragungsanträge vorgelegt werden. Denjenigen, welche das Grundbuch einsehen, ist damit ein genügender Anhalt zur Beurtheilung gegeben. Für die Grundbuchordnung wird allerdings ein ganz anderes System erforderlich, wenn die Grundbuchführung in der Registrirung der von dem Grundbuchamte wahrgenommenen Rechtsänderungen besteht und nicht, wie nach dem Entwurfe, die Rechte zur Entstehung bringt. Statt auf Antrag muß im rechtsgeschäftlichen Verkehre das Grundbuchamt alsdann immer von Amtswegen verfahren, vgl. § 15 der Grundbuchordnung. Für einen Antrag der Betheiligten ist kein Raum, denn von dem Privatwillen, welcher die Rechtsänderung herbeiführt, ist ein auf die Publikation der Rechtsänderung im Buche gerichteter Wille nicht zu unterscheiden. Die Publikation erfolgt unabhängig von der Privatbeliebung und kann wegen des obwaltenden öffentlichen Interesses durch die Privatbeliebung nicht ausgeschlossen werden. Dabei ist zu bemerken, daß der Ausdruck „Antrag" im Entwurfe und in der Grundbuchordnung nicht in gleichem Sinne gebraucht wird. Der Antrag des Gläubigers, welcher wegen einer Geldforderung einen vollstreckbaren Titel erlangt hat, auf Eintragung einer Zwangshypothek (§§ 1130, 846) enthält eine Willenserklärung, durch welche von der Befugniß, eine solche Hypothek durch eigene Willensentscheidung sich zu verschaffen, Gebrauch gemacht wird. Man wird schwerlich einem solchen Antrage eine lediglich prozessuale Bedeutung beimessen können, so daß auch die auf einen gefälschten Antrag hin eingetragene Zwangshypothek rechtlichen Bestand hätte. Ferner wird man in dem Antrage des Eigenthümers, welcher zur Löschung einer Hypothek erforderlich ist (§§ 1091, 843), einen rechtsgeschäftlichen Konsens in die Aufhebung der Hypothek erblicken müssen.

Wenn das Grundbuchamt die entstandenen Rechtsänderungen registrirt aber nicht durch seinen Willensakt herbeiführt, so ist der Entstehungszeitpunkt und damit die Rangordnung dem Grundbuchamte gegeben. Die Rangordnung ist ohne Weiteres durch die Regel nemo plus juris transferre potest quam ipse habet be-

Digitized by Google

stimmt. Die Buchführung ist nur deklaratorisch und nicht rechtschaffend. Damit ist dem Grundbuchamte der Einfluß auf den Rechtsbestand entzogen. Wie jetzt die Grundbuchordnung liegt, ist dem Grundbuchamte ein gefährlicher Einfluß gestattet. Die Motive zu § 49 G. B. O. gestehen ganz offen zu, daß wenn ein Antrag mit Unrecht zurückgewiesen und hierauf der nächstfolgende Antrag durch Eintragung erledigt ist, der mit der unrichtigen Zurückweisung verbundene Nachtheil nicht rückgängig zu machen ist. Das ist ein unerträgliches Resultat, in Folge dessen Jemand sein ganzes Vermögen verlieren kann. Die Eintragung einer Hypothek wird abgelehnt, vielleicht aus sehr scheinbaren Gründen, so daß mindestens dem Grundbuchamte keinerlei Schuld beizumessen ist und weder von einer Haftung des Beamten noch von einer subsidiären Haftung des Staates die Rede sein kann; denn eine Garantie für die materielle Richtigkeit der Entscheidungen des Grundbuchamtes wird kein Staat auf sich nehmen. Wird nun das Grundstück hypothekenfrei auf einen neuen Eigenthümer umgeschrieben, welcher insolvent und mit der Bereicherungsklage nicht zu fassen ist, so kann der Gläubiger ruinirt sein.

Der Fehler, welcher zu den vorstehend hervorgehobenen Uebelständen führen muß, liegt darin, daß nach dem Systeme des Entwurfes die Grundbuchführung, welche die Rechtsgeschäfte erst zur Perfektion bringt, eine ununterbrochene sein muß, also bei Ablehnung eines Antrages eine Suspension der Buchführung bis zur Erledigung der Frage nach der Richtigkeit der ablehnenden Verfügung ausgeschlossen ist, weil eine Sperre des Buches eine Sperre des rechtsgeschäftlichen Verkehres bedeuten würde. Das hier vertheidigte System („das Buch folgt dem Rechte") führt nicht zu solchen Nöthen. Auch nach diesem System muß die Frage nach den rechtlichen Wirkungen einer vorliegenden Erklärung und der in Folge dieser Wirkungen zu machenden Eintragung im Beschwerdewege rechtskräftig entschieden werden und muß nach einer rechtskräftigen, die rechtlichen Wirkungen verneinenden Entscheidung die Erklärung als nichtig zu gelten haben, aber es wird doch nicht dem schließlichen Ergebnisse durch Zwischeneintragungen vorgegriffen, denn die Zwischeneintragungen ändern nichts an der wirklichen Rechtslage.

Digitized by Google

Wird in einem generellen Paragraphen auch die Aufhebung (welche in dem allgemeinen § 828 eben ausgelassen ist) der das Eigenthum oder ein eingetragenes Recht an einem Grundstücke belastenden Rechte durch einseitige Erklärung gegenüber dem Grundbuchamte geordnet, so tritt abgesehen von der besonderen Regelung der Aufhebung bei der Hypothek ein kleiner Unterschied gegen den Entwurf hervor. War nach diesem z. B. der Nießbrauch an einem Grundstücke verpfändet, so gelten über die Aufhebung des Pfandrechtes die Vorschriften über die Aufhebung des Pfandrechtes an beweglichen Sachen, also einseitige Erklärung gegenüber dem Eigenthümer (arg. § 1206, Abs. 2, § 1189). Es wird indessen für korrekt gehalten werden, daß zur Aufhebung eines solchen gebuchten Pfandrechtes an einem Rechte eine das Grundbuchamt in Kenntniß setzende Erklärung nothwendig ist. Zugleich wird dann aber auch der Entwurf ergänzt, indem man erfährt, wie Rückfallsrechte und Anfallsrechte, wie letztere namentlich aus dem bisherigen Rechtszustande überliefert sein können, aufgehoben werden.

In dem Vorstehenden hat nachgewiesen werden sollen, daß, wenn man dem zweiten rechtsgeschäftlichen Systeme folgt, man dahin gelangt, daß mit der Vollendung der rechtsgeschäftlichen Erklärung die Rechtsänderung sich vollzogen hat, das Buch mithin unvollständig geworden ist und mit der neuen Rechtslage in Einklang gesetzt werden muß.

Schließlich bleibt das rechtsgeschäftliche Erforderniß des Eingetragenseins des Verfügenden zu erörtern. Der Entwurf redet in § 828 von dem eingetragenen Berechtigten als Veräußerer und fordert also *erstlich* Eingetragensein und *zweitens* Berechtigung. Unter Parallelisirung von Besitz und Eintragung wird man aus denselben Gründen wie in dem mobilienrechtlichen Falle der Tradition lediglich die Eintragung als Erforderniß aufzustellen und für den Fall der mala fides ausnahmsweise die Wirkungen des Rechtsgeschäftes zu versagen haben. Für die gesetzgeberische Richtigkeit dieses Verfahrens spricht auch hier, daß man alsdann dasselbe Resultat mit weniger Worten erreicht. Voranzustellen sein würde der Satz, daß Eintragung im Rechtsverkehre Recht ist, das heißt, daß alle Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte in der Weise

Digitized by Google

wirksam sind, wie wenn das Buch richtig redete. Zu dem Ende würde ein zweiter Absatz des § 826 dahin lautend beizufügen sein: „Soweit die Wirkung von Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften davon abhängt, daß dem Eingetragenen das aus dem Grundbuche für denselben sich ergebende Recht zusteht, gilt das Grundbuch als richtig und ein aus dem Grundbuche nicht ersichtliches Veräußerungsverbot als nicht bestehend. Diese Vorschrift bleibt zu Gunsten desjenigen, dessen aus dem Grundbuche nicht ersichtliches Recht jener Wirksamkeit entgegenstehen würde, außer Anwendung, wenn zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte der Dritte, welchem gegenüber oder von welchem die Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte vorgenommen werden oder zu dessen Gunsten einseitige Erklärungen des Eingetragenen gegenüber dem Grundbuchamte erfolgt sind, von der Unrichtigkeit des Grundbuches Kenntniß hatte oder ohne grobe Fahrlässigkeit haben mußte.

Die Vorschriften des zweiten Absatzes finden bei dem im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung sich vollendenden Erwerbe eines Rechtes entsprechende Anwendung."

Im Einzelnen ist hierzu zu bemerken:

a) Eine Leistung kann wohl mittels eines Rechtsgeschäftes vorgenommen werden, ist aber an sich kein Rechtsgeschäft, wenn solches auch in § 838 versichert wird. Wenigstens möchten Zweifel obwalten. Man denke an eine Dienstleistung des Reallastverpflichteten. Neben Rechtsgeschäft wird deshalb Rechtshandlung zu setzen sein.

b) Es wird zweifelhaft sein, ob man unter dem Erwerbe eines Rechtes an einem Grundstücke (§ 837) auch die Befreiung von einer Last zu verstehen hat.

c) Die Bezeichnung des Zeitpunktes, für welchen bona fides vorhanden sein muß, „Zeit des sich vollziehenden Erwerbes" ist nicht ganz korrekt; man denke an bedingte und betagte Geschäfte. Es kommt auf die Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes oder der Rechtshandlung an. Der Entwurf gelangte zur Hinausschiebung bis zur Eintragung lediglich deshalb, weil nach seiner künstlichen Konstruktion das Rechtsgeschäft erst mit der Eintragung zum Abschluß gelangte.

Digitized by Google

d) Die Richtigkeit des Grundbuches wird „zu Gunsten des Erwerbers" in § 837 angenommen. Wie ist es nun, wenn der eingetragene Nichteigenthümer eine Grunddienstbarkeit für das Grundstück hat erworben und eintragen lassen? Nach dem Entwurfe müßte man den rechtsgültigen Erwerb der Grunddienstbarkeit verneinen, denn der betreffende Vertrag muß zwischen den Eigenthümern der betheiligten Grundstücke geschlossen werden. Hätte der eingetragene Nichteigenthümer eine Last abgelöst, zu deren Aufhebung nur einseitiger Verzicht nöthig war, so würde das Rechtsgeschäft Bestand behalten. Ob der § 838 den hier zur Sprache gebrachten Fall deckt, bleibt immerhin zweifelhaft. Insbesondere erregt Zweifel, daß nach dem in § 838 allegirten § 837 die anomale Wirkung der bona fides nur zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers eintreten soll, also doch wohl nicht, wenn der eingetragene bösgläubige Nichteigenthümer ein subjektiv-dingliches Recht zuerwirbt. Richtiger ist es, den Eingetragenen im rechtsgeschäftlichen Verkehr allgemein als Berechtigten gelten zu lassen und sodann bei der Ausnahme die Beschränkung hinzuzufügen, daß dieselbe nur zu Gunsten des nichtgebuchten Berechtigten eintrete, damit Erweiterungen des gebuchten Rechtes unangetastet bleiben.

§ 8. Die Konvaleszenz des § 830.

In der Vorlage des Redaktors war die Aufnahme der Vorschrift vorgeschlagen: „Die Bewilligung ist nicht unwirksam, wenn sie vor der Erwerbung des Rechtes ausgestellt ist, gegen welches die bewilligte Eintragung sich richten soll." Die Kommission hat hieraus den Konvaleszenzparagraphen (§ 830) gemacht. Die Vorlage hat Fälle im Auge, in welchen z. B. derjenige, welchem ein Grundstück aufgelassen werden soll, vor der Auflassung oder doch vor der Eintragung eine Hypothek bewilligt, oder daß ein Erbe, welcher im Augenblicke die nöthige Legitimation nicht zu schaffen vermag, behufs Krediterlangung einem Kreditgeber sich fest binden möchte.

Die Vorschrift des § 830 ist der Vorschrift des § 876, welche S. 52 erörtert ist, insofern völlig analog, als von einem

Digitized by Google

Eingetragenen, welcher aber nicht berechtigt war, verfügt wurde. In einem solchen Falle wird ein der wirklichen Rechtslage nicht entsprechender Buchinhalt vorausgesetzt, sei es nun, daß das Recht außerhalb des Buches sich ändert, oder daß das Buch geändert ist ohne entsprechende Rechtsänderung. Ferner wird vorausgesetzt, daß der Erwerber von dem Rechtsmangel Kenntniß hatte und somit durch das Veräußerungsgeschäft an der früheren Rechtslage nichts geändert wurde. Durch die Eintragung hat der Eingetragene in ähnlicher Weise, wie im Mobilienrechte der Besitzer, die interimistische Rechtslage als Berechtigter erlangt. Im Immobilienrechte wird man dem Eingetragenen eine Art von Konsolidationslage beizumessen haben. Der Berechtigte, dessen Recht durch die Eintragung verletzt wird, erscheint vorläufig nur als ein Rechtsprätendent. Begiebt derselbe sich aller seiner Ansprüche auf Herstellung des rechtsgemäßen Buchzustandes, so wird die Rechtsposition, welche das Buch schafft, unangreifbar und das ist gleichbedeutend mit der Harmonie zwischen Recht und Buch. Ueber das Rechtsgeschäft, durch welches der nichteingetragene Berechtigte seines Rechtes sich begiebt, enthält der Entwurf keine Vorschrift. Da dieses Rechtsgeschäft dinglicher Natur ist, so bedarf es einer Vorschrift, damit dasselbe mit Wirksamkeit vorgenommen werden könne. Hier steckt eine Lücke im Entwurf. Wie macht es der wirkliche nicht gebuchte Eigenthümer, um über sein Recht zu verfügen? In § 828 ist nur von Verfügungen der eingetragenen Berechtigten die Rede. Damit ist der nichtgebuchte Eigenthümer in ähnlicher Weise wie der Rückfallsberechtigte und im Mobilienrechte der nicht besitzende Eigenthümer in der Verfügung über sein Recht beschränkt, bevor er nicht den seinem Rechte entsprechenden Buchzustand hergestellt hat. Indessen nach einer Richtung muß auch schon vorher eine Verfügung möglich sein. Der nichteingetragene Berechtigte muß zu Gunsten des eingetragenen Nichtberechtigten verzichten können, denn sonst müßte der Umweg eingeschlagen werden, daß behufs Validirung des unrichtigen Buchinhaltes immer erst der richtige Buchinhalt wiederhergestellt werden müßte, um alsdann im Wege der gewöhnlichen rechtsgeschäftlichen Verfügung das gewünschte Ziel zu erreichen. Dieser Weg ist aber nicht nur seiner Umständlichkeit wegen, sondern

Digitized by Google

auch noch aus einem anderen sachlichen Grunde abzulehnen. Vielleicht sind die Rechte des auftretenden Prätendenten zweifelhaft, z. B. ungewisse Erbansprüche; sie sollen auch nicht anerkannt, aber doch auf jeden Fall definitiv beseitigt werden. Dann bleibt aber nur der Verzicht übrig. Man wird auch hier den Verzicht zu formalisiren haben, indem man Abgabe der Erklärung gegenüber dem Grundbuchamte verlangt, weil sonst ein für den dinglichen Rechtsbestand bedeutsamer Akt zu sehr in das Ungewisse fallen würde. Zu einer Löschung ist freilich kein Raum, sondern der Verzicht bleibt einfach bei den Grundbuchamtsakten. Der Vermerkung im Grundbuche steht das Bedenken entgegen, daß die Prätendentenzahl eine ungemessene sein könnte. Wird die im Vorstehenden benutzte Analogie zwischen Eintragung und Besitz weiter verfolgt, so kommt man, was den Fall betrifft, in welchem ein nichtberechtigter Eingetragener verfügt, zu demselben Ergebnisse wie in dem Mobilienrechte, also aus den früher hervorgehobenen Gründen zur Streichung des § 830, soweit dieser Paragraph auf den Mangel des materiellen Rechtes des Autors sich bezieht.

Ganz anders liegt der Fall, wenn der Mangel nicht in der Nichtzuständigkeit des materiellen Rechtes liegt, sondern das rechtsgeschäftliche Erforderniß der Eintragung trifft. Nach dem Wortlaute des § 830 kann auch der Mangel, welcher in dem Nichteingetragensein liegt, durch Konvaleszenz gehoben werden. Die Hineinziehung dieses Falles erschwert das Verständniß ungemein. Liegt der Mangel nur in dem Noch-nicht-Eingetragensein, so kann von einer Konvaleszenz nur in dem Sinne die Rede sein, daß eine spätere Hebung dieses Mangels in der Person des Verfügenden den Mangel von Anfang an beseitigt. Es wäre besser gewesen, wenn dieser Fall von dem anderen Falle des materiellen Rechtsmangels gänzlich getrennt und im Anschluß an die Vorlage besonders behandelt wäre, denn beide Fälle haben gar nichts mit einander zu thun. Fehlt die Eintragung, so redet Jemand zum Grundbuchamte, der völlig unlegitimirt ist und dessen Rede dem Grundbuchamte als eine müßige, nicht zu hörende erscheinen muß. Es fragt sich, inwieweit die in der Eintragung liegende Legitimation kreditirt werden soll. Inwieweit hat das Grundbuchamt Leute zu hören, welche be-

Digitized by Google

haupten, als Erben oder kraft gütergemeinschaftlichen Ehevertrages berechtigt zu sein und nur nicht augenblicklich den gehörigen Nachweis führen zu können, oder welche das alsbaldige Vorbringen weiterer rechtsgeschäftlicher Erklärungen, durch welche ihr eigenes Recht begründet werden wird, in Aussicht stellen? Unbedenklich läßt sich bestimmen, daß, wenn dem Grundbuchamte diejenigen Erklärungen und Urkunden vorliegen, aus denen eine Eintragung sich rechtfertigt, die Eintragung, so weit dieselbe Voraussetzung für die Verfügungsbefugniß ist, als geschehen gilt. Zweifelhafter ist, inwieweit das Grundbuchamt Jemandem, welcher behauptet Erbe zu sein, seine Legitimation einstweilen kreditiren und den Betreffenden hören, beziehungsweise dessen schriftliche Erklärungen nicht ablehnen soll. Es kann dem Erben sehr daran liegen, in der Lage zu sein, eine bindende Erklärung abzugeben, bevor er noch die nöthigen Bescheinigungen herbeischaffen kann, da der Kreditgeber sehr wohl der Erbeneigenschaft gewiß sein kann, ohne sichere Bindung des Erben aber kein Geld hergeben will. Es ist aber wohl auch nur der Erbfall, wo Schwierigkeiten eintreten, welche Berücksichtigung verdienen, denn nur die Fälle des gesetzlichen Erwerbes können in Betracht kommen. Für Fälle der vertragsmäßigen Gütergemeinschaft werden gleiche Verlegenheiten sich nicht ergeben. Eventuell müßte man die Vorschrift auf den Fall aller gesetzlichen Rechtsveränderungen stellen und dem Grundbuchamte befehlen, den Antragsteller wegen Mangel der gehörigen Bescheinigungen nicht sofort zurückzuweisen, sondern eine Frist zur Nachlieferung zu setzen. Man wird nicht wohl bezweifeln können, daß im Uebrigen das Grundbuchamt nicht gehalten sein kann, beliebige Anträge nicht durch das Grundbuch legitimirter Personen, bei denen irgend eine Wirksamkeit gar nicht abzusehen ist, bei den Akten zu behalten, um auf unverhoffte Konvaleszenzfälle zu warten. Nach § 48 der G. O. werden nicht gerechtfertigte Anträge zurückgewiesen und gelten als nicht gestellt. Aus § 830 wird man nicht folgern dürfen, daß bei Anträgen nichteingetragener Personen wegen möglicher Konvaleszenz das Grundbuchamt zu warten hätte. Wird eine Kreditirung der Legitimation in der vorgeschlagenen Begrenzung bestimmt, so kann der § 830 gänzlich gestrichen werden.

Digitized by Google

§. 9. Vorrangs-Einräumung § 841.

In § 840 giebt der Entwurf — scheinbar — Vorschriften über das Rangverhältniß der eingetragenen Rechte. Prüft man diese Vorschriften näher, so ersieht man, daß dieselben nur die Ersichtlichmachung des Ranges im Grundbuche (vgl. auch Grundb.-Ord. § 52, wo die Vermerkung des Tagesdatums durch Ordnungsvorschrift befohlen wird) enthalten, während das Rangverhältniß lediglich eine Konsequenz des Satzes bleibt: nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet. Während Entwurf und Grundbuchordnung sonst die Art der Registrirung des dinglichen Rechtsbestandes den Landesgesetzen, welche die an sich unvollständige Grundbuchordnung ergänzen, überläßt, wird hier eingegriffen und zwar nicht einmal in der Grundbuchordnung, sondern in dem Sachenrechte. Dabei kann man Bedenken haben, ob die Regelung eine gelungene sei und mit dem Systeme des Entwurfes im Einklang stehe. Mit der Eintragung vollzieht sich nach dem Entwurfe die Rechtsänderung. Der Moment der Rechtsänderung kann von Bedeutung sein. Das vor dem betreffenden Momente geborene Kalb gehört dem Eigenthümer, das einen Moment später geborene Kalb gehört dem Nießbraucher der Kuh. Man sollte deshalb denken, daß a momento ad momentum gerechnet und der Eintragungsmoment mit historischer Treue öffentlich beurkundet werden müßte. Dem ist aber nicht so; das Tagesdatum und die räumliche Reihenfolge sind die angegebenen Ausdrucksmittel. Der Streit zwischen Nießbraucher und Eigenthümer wird also durch das Grundbuch nicht entschieden. Die Betheiligten haben auch gar kein Mittel in der Hand, eine größere Genauigkeit herbeizuführen. Hieraus ergiebt sich, wie viel werthvoller ein Schweigen des Entwurfes gewesen wäre, da ohne jede Vorschrift die Grundbuchämter der Pflicht, den Rechtszustand mit pünktlicher Genauigkeit zu registriren, aus eigenem Verständniß besser nachkommen würden.

Was die rechtliche Natur des Rangverhältnisses betrifft, so ist Folgendes zu bemerken: Man darf nicht von der Anschauung ausgehen, daß alle Rechte am Grundstücke den nämlichen Gegenstand haben und daß das Rangverhältniß den hieraus sich ergeben-

Digitized by Google

den Konflikt löset, eine Anschauung, welche bisher das materielle Subhastationsrecht beherrschte und sich darin bethätigte, daß ein nachstehender Gläubiger das Grundstück sine onere verkaufen konnte. Der Entwurf theilt diese Anschauung nicht, aber wenn er das Deckungsprinzip proklamirt, so ist seine Ausdrucksweise der abgethanen Anschauung entnommen, denn diese Ausdrucksweise läßt den Schluß zu, daß eigentlich jeder Hypothekgläubiger das Grundstück sine onere verkaufen könnte und daß nur durch eine Ausnahmsbestimmung der Fortbestand der vorgehenden Rechte angeordnet werde, während doch umgekehrt nur die res cum onere Pfandgegenstand und deshalb Verkaufsobjekt ist. Ein Verkauf sine onere ist von vornherein ebenso ausgeschlossen, wie der Verkauf eines Grundstückes, welches von dem Pfandrechte gar nicht ergriffen ist. Alle der Zeit der Entstehung nach auf einander folgenden Rechte haben einen verschiedenen Gegenstand. Die Verschiedenheit liegt darin, daß als Gegenstand res cum onere anzusehen ist und die onera zunehmen. Der Eigenthümer konnte den nach einander kommenden Erwerbern nur insoweit geben, als er selbst noch hatte. Jeder später Kommende erhält eine geminderte gegenständliche Grundlage seines Rechtes. Der Vormann übt sein Recht voll und ganz aus, ohne auf den Nachmann Rücksicht nehmen zu müssen. Die Wirkung dieses Vorzuges kann eine sehr verschiedene sein. Vollständige Sprengung eines Gebrauchsrechtes, welches am Werthe nicht ausgeübt werden kann. Zeitweise Hinderung des Grunddienstbarkeitsberechtigten durch den vorgehenden Nießbraucher. Ueberlassung des Werthüberschusses nach Vorbefriedigung. Ein Recht auf den Konsolidations-Vortheil, welcher für die Berechtigten im Vorrücken besteht, hat der nachstehende Berechtigte nur, insofern der Wegfall des vorgehenden Rechtes aus dessen innerer Begrenzung sich ergiebt und von vornherein zu erwarten ist. Vereinigen sich das Eigenthum und ein anderes Recht an einem Grundstücke in einer Person, so wird durch die Vereinigung das andere Recht nicht aufgehoben (§ 835). Die hier ausgesprochene Möglichkeit eines Rechtes an eigener Sache gilt, wenn auch unausgesprochen, in gleicher Weise für das Mobilienrecht, vgl. § 1193 Satz 3.

Digitized by Google

Wenn hiernach sich herausstellt, daß der Rang den Gegenstand des Rechtes, der verschiedene Rang also immer einen verschiedenen Gegenstand ergiebt, so ist es klar, daß der Rang kein Annexum des Rechtes ist, welches veräußert und ausgetauscht werden könnte. Ein Rangwechsel kann ebensowenig vereinbart werden, als ein Wechsel, bei welchem das eine Recht von dem einen Grundstücke auf das andere und umgekehrt übertragen werden soll. Ebenso klar ist, daß durch das Zusammenwirken aller Betheiligten das Rangverhältniß geändert werden kann. Der Entwurf redet nirgends von rechtsgeschäftlichen Erfordernissen einer Rechtsänderung und zwar um deswillen, weil die Aenderung immer aus Begründung und Aufhebung sich kombinirt. Eine solche Kombination findet auch bei der Rangänderung statt. Betheiligt sind der Eigenthümer, der Zurücktretende, der Vortretende und die Zwischenberechtigten. Die Vorberechtigten des Zurücktretenden sind nicht betheiligt, weil ihr Rangverhältniß unverändert bleibt; ebensowenig sind die Nachmänner des Vortretenden betheiligt, weil die Vorbelastung durch die Rangänderung nicht vermehrt wird. Für eine Rangänderung unter Mitwirkung aller Betheiligten würde es nicht, wie die Motive III S. 229 vermeinen, einer besonderen gesetzlichen Sanktion eines derartigen Rechtsgeschäftes bedürfen, auch wenn das letztere sich so vollzieht, daß die Berechtigten statt nacheinander Aufhebungs- und Begründungserklärungen abzugeben, ihren Konsens in das neue Rangverhältniß erklären, denn dieser Konsens läßt sich in die erforderlichen Aufhebungs- und Begründungserklärungen zerlegen. Der § 841 schafft deshalb kein neues und eigenartiges Rechtsgeschäft. Eine Schwierigkeit für das Rangänderungsgeschäft ergiebt sich daraus, daß in Ansehung der in demselben sich kombinirenden Geschäfte im Entwurfe leider eine große Buntheit in Ansehung der Formerfordernisse und in Ansehung der Frage besteht, ob Vertrag nöthig ist oder einseitige Verfügung genügt. Die Begründung eines Rechtes erfordert Vertrag. Bei Aufhebung genügt in der Regel einseitiges Rechtsgeschäft. Bei der Hypothek ist nur aus besonderen Gründen Vertrag befohlen und dann noch der Löschungsantrag des Eigenthümers gefordert. In Ansehung der Form ist zu unterscheiden, ob die Erklärungen gegen-

Digitized by Google

über dem Grundbuchamte oder, wie bei Begründung und Aufhebung eines Erbbaurechtes, vor dem Grundbuchamte abzugeben sind. Der positive Inhalt des § 841 besteht in der Erleichterung der rechtsgeschäftlichen Erfordernisse für die Stiftung einer neuen Rangordnung. Vertrag und Eintragung sollen genügen. Ueber die Briefhypothek ist nichts gesagt. Eine Vorlegung und Berichtigung des Briefes ist nicht rechtsgeschäftliches Erforderniß, sondern nur durch die Ordnungsvorschrift in § 31 der Grundbuch-Ordnung befohlen. Obgleich bei der Briefhypothek die Eintragung (§ 1115) nicht das gegenwärtige Recht beweiset, soll sie doch zur Legitimation bei Akten gegenüber dem Grundbuchamte genügen, denn sie ist nicht für ungenügend erklärt und es ist nicht das Erforderniß aufgestellt, daß zur Legitimation statt der Eintragung Vorlegung aller Urkunden zu geschehen habe, welche ein Briefhypothekar haben muß, um ein Recht auf die Eintragung zu erlangen.

Durch die Vorschriften über den dinglichen Vertrag in § 828 wird das Rechtsgeschäft der Vorrangs-Einräumung in Folge der Betheiligung einer Mehrheit von Personen ganz besonders erschwert. Wenn der Konsens eines der Betheiligten fehlt, ist der in § 841 verlangte Vertrag nicht da, kann also auch durch Erklärung der Uebrigen vor oder gegenüber dem Grundbuchamte nicht bindend werden, vielmehr bleibt einem Jeden, welcher bereits eingewilligt hat, unbenommen, seine Erklärung wieder zurückzuziehen, ganz abgesehen davon, daß die Rechtswirkung der dinglichen Rangänderung erst mit der nicht in der Hand der Betheiligten liegenden Eintragung eintritt. Diese Schwierigkeiten würden nun zwar durch die hier zu § 828 gemachten Vorschläge gehoben, da nach denselben das Buch dem Rechte folgt, einseitige Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamte genügen und mit der Abgabe bindend sind, wenn auch erst die Abgabe aller erforderlichen Erklärungen die Neugestaltung des Rangverhältnisses herbeiführt.

Für das praktische Bedürfniß ist dies Geschäft des § 841 nicht genügend. Die Abhängigkeit von dem Eigenthümer und von den Zwischenberechtigten ist für die Nächstbetheiligten, den Zurücktretenden und den Vortretenden eine schwere Fessel. Man muß

Digitized by Google

fragen, inwieweit diese beiden Nächstbetheiligten ihren Willen selbständig durchzusetzen vermögen.

In den Bemerkungen des Königlich preußischen Justizministers ist folgende Fassung des § 841 vorgeschlagen:

„Die nach den Vorschriften des § 840 aus dem Grundbuche sich ergebende Rangordnung kann nachträglich geändert werden. Zu der Aenderung ist ein Vertrag ... zwischen dem Eigenthümer des Grundstückes und denjenigen Berechtigten, für deren Rechte der Rang geändert werden soll ... erforderlich. Dieser Vertrag wirkt für und gegen Zwischenberechtigte insoweit, als sie demselben zugestimmt haben. Die Vorschriften der §§ 828 bis 833, 837 bis 839 finden, auch in Ansehung des Erfordernisses der Eintragung in das Grundbuch auf den Vertrag und die Zustimmung der Zwischenberechtigten, entsprechende Anwendung."

Von einer Rechtswirkung salvo jure tertii redet man, wenn ohne das Recht des Dritten das Rechtsgeschäft die volle beabsichtigte Wirkung gehabt haben würde. Zum Beispiel: Der Verzicht des Nießbrauchers genügt zur Aufhebung seines Rechtes, aber dieser Verzicht kann das an dem Nießbrauche bestehende Pfandrecht nicht beeinträchtigen. Nun kann man aber nicht sagen, daß ein Stellentausch-Geschäft an sich wirksam sein würde und daß die Wirkung dieses Geschäftes nur im einzelnen gegebenen Falle durch das Recht der Zwischenberechtigten und des Eigenthümers gehindert werde. Es giebt vielmehr einfach kein Stellentausch-Geschäft, also auch kein solches Geschäft salvo jure tertii und das Geschäft müßte in ein anderes Geschäft umgedeutet werden können (§ 111), um Wirkung zu haben. Die Konversion muß sich verschieden gestalten, je nach der Art der auf einander folgenden Rechte.

1. Allgemein möglich ist die Umdeutung in einen dinglichen Rechtsverzicht. Der Berechtigte A, dessen Recht das Grundstück sine onere trifft, kann dem nach B nachfolgenden Berechtigten C zugestehen, daß C sein Recht solle verwirklichen können, als wenn das Recht des A nicht vorhergehe, nur wird die dem C zu spendende Wohlthat, was deren Wirksamkeit im Subhastationsfalle anbelangt, mit Nothwendigkeit auf den B sich mit erstrecken. Die Erklärung des

Digitized by Google

A lautet: Ich bin zufrieden, daß mein Recht statt an dem Grundstücke sine onere an dem Grundstücke mit den Belastungen für C und also auch für B geübt werde. Hierin liegt eine reine Rechtsverminderung Ist ein totaler Verzicht gestattet, so ist damit auch ein so gearteter partieller Verzicht, welcher das Objekt der Rechtsverwirklichung durch die auf dasselbe zu übernehmenden onera mindert, gestattet und mit dinglicher Wirkung möglich. Doch wäre vielleicht eine erklärende Vorschrift ausnahmsweise in das Gesetz aufzunehmen, welche die Gültigkeit des dinglichen Zurücktretens eines Vormannes hinter einen bestimmten Nachmann und damit auch für den Subhastationsfall hinter die Zwischenmänner bestimmt. Ein solches Geschäft ist nicht selten von praktischer Bedeutung. Der Eigenthümer eines verpfändeten Grundstückes bestellt eine Grunddienstbarkeit. Wenn nun irgendwie zu bezweifeln ist, daß der Erlös des Grundstückes mit der Dienstbarkeit alle Gläubiger, deren Pfandrecht bei Begründung der Dienstbarkeit bestand, befriedigt, so kann das Zurücktreten eines Hypothekariers dem Dienstbarkeitsberechtigten die nöthige Sicherheit verschaffen. Ferner kann auch ohne Rücksicht auf den Vorrang in Ansehung der Befriedigung im Subhastationsfalle ein Zurücktreten des Vormannes dem Nachmanne zum Vortheile gereichen. Ist ein Grundstück mit einem Nießbrauche, einer Hypothek und an letzter Stelle mit einer Dienstbarkeit belastet, so liegt in der Vorrangs-Einräumung des Nießbrauchers gegenüber dem Grunddienstbarkeitsberechtigten eine Sicherung des letzteren gegen die an sich zulässige Hinderung durch den Nießbraucher und zwar wird in einem solchen Falle der Vorrangs-Einräumung der zwischenliegende Hypothekgläubiger überall nicht in seinem Rechte berührt.

Wird eine Vorschrift aufgenommen, so kann dieselbe den Fall des § 842 zugleich mit umfassen, denn der Unterschied besteht lediglich darin, daß im Falle des § 842 der Berechtigte, welchem der Eigenthümer ein Recht einräumt, einen ganz gleichartigen Verzicht zu Gunsten eines weiteren in der Zukunft von dem Eigenthümer zu begründenden Rechtes abgiebt. In schlanker Redeweise würde die Vorschrift lauten:

„Ein Berechtigter kann mit seinem Rechte im Range zu Gunsten eines nachfolgenden Rechtes oder eines von dem Eigen-

Digitized by Google

thümer zu begründenden Rechtes zurücktreten. Auf die Erklärung des Zurücktretenden finden die Vorschriften über die Aufhebung des zurückzustellenden Rechtes durch Rechtsgeschäft Anwendung.

Der von dem Eigenthümer zu Gunsten eines zu begründenden Rechtes gemachte Vorbehalt erlischt durch die Veräußerung des Grundstückes im Wege der Zwangsvollstreckung."

Räumt der Eigenthümer, welcher einen Vorbehalt der bezeichneten Art gemacht hat, inzwischen vor Begründung des begünstigten Rechtes ein anderes Recht am Grundstücke ein, so muß er selbstverständlich den Erwerber in gleicher Weise binden, wenn er nicht später der Zustimmung desselben benöthigen will (§ 842, Abs. 1, Satz 3).

2. Bei Pfandrechten kann mit dem Zurücktreten zu Gunsten eines Nachmannes der Wille sich verbinden, daß das Recht des Zurücktretenden an seiner Stelle im Subhastationsfalle befriedigt werde, der zur Befriedigung anzuweisende Geldbetrag aber nicht dem Zurücktretenden, sondern dem Nachmanne zu Gute kommen soll. Die Gültigkeit einer hierhin zielenden obligatorischen Vereinbarung ist unbedenklich. Dagegen bleibt die Verschaffung einer dinglichen Rechtsstellung, welche dem Nachmanne das Recht zur Befriedigung an früherer Stelle aus dem Grundstücke gäbe, ausgeschlossen, denn der Vormann kann dem Nachmanne nur das Recht zur Befriedigung aus seinem Rechte, nicht aber zur Befriedigung aus dem Grundstücke verschaffen. Ein Recht ersterer Art ist ein Pfandrecht am Rechte. In ein solches wird man aber eine Vorrangs-Einräumung der Regel nach nicht konvertiren können, da eine Erklärung dieser Art nicht der Auslegung dahin fähig ist, daß das Recht des Zurücktretenden zum Exekutionsobjekte (§ 1215) für den Nachmann gemacht werden solle.

§ 10. Unrichtigkeit des Grundbuches.

In dem § 843 ist der Begriff der Unrichtigkeit des Grundbuches so weit genommen und die weiteste Auslegung des § 843 durch spätere Bestimmungen in einer Weise unterstützt, daß Fälle innerlich ganz verschiedener Art, welche auch eine verschiedene Behandlung verdienen, mit einander vermengt sind.

Digitized by Google

1. Der Regel nach können allen Rechtsgeschäften Bedingungen oder Befristungen beigefügt werden. Das Sachenrecht enthält nur wenige Beschränkungen in dieser Beziehung, für die Bestellung der Grundschuld in § 1137, für die Auflassung in § 870. Letztere Beschränkung, welche nur auf Suspensivbedingung und Anfangstermin bezieht, ist mehr formeller Natur, denn wer unter einer Suspensivbedingung auflassen will, kann die gewünschte Rechtslage dadurch erreichen, daß er erst einfach auflässt und unter auflösender Bedingung zurückempfängt. Es kann also in weitem Umfange eine Uebertragung, Belastung und Aufhebung sub die vel conditione stattfinden. Bei Bedingung, dies incertus an sowie auch bei dies incertus quando bleibt eine in der Zukunft sich lösende Ungewißheit bestehen. Das Grundbuch giebt an, wovon die Entscheidung abhängt und ist nur in seinen Angaben über den Rechtsbestand um deswillen unvollständig, weil es nicht weiß, wie die Entscheidung fallen wird. Welches aber auch der Ausgang sein möge, man kann niemals sagen, daß das Grundbuch durch den Ausgang unrichtig werde, vgl. jedoch § 871, Abs. 4. Jeder, welcher die bedingte Eintragung liest, kann sich darauf verlassen, daß die Rechtslage richtig angegeben ist; das Grundbuch verweiset nur über sich hinaus, damit sich ein Jeder in der Wirklichkeit nach der Entscheidung erkundige. Ist die Entscheidung gefallen, so besteht die Vervollständigung des Grundbuches darin, daß hineingeschrieben wird, wie entschieden ist, z. B. daß der Nießbraucher an dem und dem Tage verstorben sei, daß der ein Rückfallsrecht entscheidende Todesfall, Geburtsfall, Heirathsfall eingetreten. Soweit die Entscheidung durch öffentliche Urkunden bewiesen werden kann, genügt die Vorlegung dieser Urkunden auch nach dem jetzigen Entwurfe der Grundbuchord. § 39. Damit harmonirt nun aber nicht § 836. Bei Berathung des Entwurfes stellte man das Prinzip auf, zu jeder Eintragung sei die Bewilligung des leidenden Theiles erforderlich. Dies war wieder eine Vermengung des Systemes der formellen Rechtskraft der Eintragung und des rechtsgeschäftlichen Systemes. Bei Berathung der Grundbuchordnung entschied man sich für das richtige Prinzip: „Die Zulässigkeit der Eintragung nach materiellem Rechte bedingt nach dem Zwecke des Grund-

Digitized by Google

buches, daß die Eintragung auch geschehen soll"; Mot. zur G. O., S. 55. Dabei wird durch den zweiten Absatz des § 836 der Erbe des auf Lebenszeit Reallastberechtigten, dessen Recht auf Leistungen, welche aus der Person seines Erblassers rückständig sind, gelöscht werden — das heißt aber doch nicht: dadurch untergehen? — soll, wenn er sich binnen Jahresfrist nicht gerührt hat, unnöthig gekränkt, da man der Regel nach eine Quittung fordern müßte, auch gar nichts entgegensteht, einen vollständigen Nachweis der Rechtsaufhebung zu verlangen.

In denjenigen Fällen, in welchen über die außerhalb der Wahrnehmung von öffentlichen Urkundspersonen sich vollziehende Entscheidung eine öffentliche Urkunde nicht beschafft werden kann, muß eine Anerkennung der Entscheidung durch den leidenden Theil beigebracht und dieser nöthigenfalls durch die Feststellungsklage zur Anerkennung gezwungen werden. Die in Konsequenz der Entscheidung anzuordnenden Eintragungen ergeben sich nach Art des Falles in verschiedenster Gestalt. Man braucht z. B. bei dem Rückfall § 871, Abs. 4 den § 843 gar nicht heranzuziehen, damit das Grundbuchamt weiß, was es zu thun hat. Sobald ihm der Eintritt der Resolutivbedingung nachgewiesen ist, erkennt es, daß von dem Zeitpunkte des Eintrittes an der Rückfallsberechtigte Eigenthümer geworden ist und hat es diese Rechtsänderung zu registriren. Bei den nicht durch öffentliche Urkunden nachzuweisenden Entscheidungen kann die Beibringung der nothwendigen Anerkennungserklärungen Schwierigkeiten machen. Von verschiedenen Seiten können dergleichen erforderlich sein. Alle diejenigen Personen müssen anerkennen, deren Erklärungen erforderlich sein würden, um, abgesehen von der Wirkung der Bedingungsentscheidung, die durch den Ausfall der Bedingung herbeigeführte Rechtslage im rechtsgeschäftlichen Wege herbeizuführen.

2. Bei dem akzessorischen Pfandrechte verweiset das Grundbuch bezüglich des Forderungsrechtes über sich hinaus. Wenn auch ein solches Pfandrecht eingetragen ist, so gewährt das Grundbuch keinen Beweis und keine Garantie, daß das Forderungsrecht wirklich entstanden, daß der zuerst Eingetragene noch Gläubiger, daß das Forderungsrecht nicht untergegangen ist. Von einer Unrichtigkeit

Digitized by Google

des Grundbuches kann man nicht reden, soweit das Grundbuch zur Auskunftsertheilung überall nicht bestimmt ist. Der vorliegend in Rede stehende Fall ist dem Fall unter 1 zu vergleichen, denn die Eigenschaft als akzessorisches Recht ist eine gewisse Bedingtheit und Beschränktheit des Rechtes. Der Entwurf macht die Rechtsschicksale der Forderung, von welchen der Bestand des dinglichen Rechtes abhängt, bei der gewöhnlichen Hypothek nicht nur buchungsfähig, sondern auch unter dem Rechtsnachtheile buchungspflichtig, daß das akzessorische Recht zu Gunsten eines gutgläubigen Erwerbers nur der Forderung, wie solche im Grundbuche ersichtlich ist, entsprechen soll, und in ein selbständiges Pfandrecht sich umsetzt, wenn die Nichtexistenz oder der Wegfall der Forderung aus dem Grundbuche nicht zu ersehen waren.

Besonders leicht irreführend ist der Gebrauch der Ausdrücke „Löschung", „Löschungsbewilligung". Nach dem Systeme des Entwurfes soll lediglich die materielle Rechtsänderung entscheiden; solenne Ausdrücke für Erklärungen und für Eintragungen giebt es nicht. Erklärt Jemand, die Löschung eines Rechtes bewilligen zu wollen, so geht seine Erklärung zunächst auf ein Einverständniß mit einem formalen Geschehniß, der Verfügung und Ausführung einer Eintragung im Grundbuche, welche das Nichtbestehen des Rechtes bezeugt. Da das Grundbuchamt nach dem Systeme des Entwurfes nicht um deswillen etwas in das Grundbuch hineinschreiben soll und darf, weil der unter dem Einschriebe leidende Theil eingewilligt hat, ein Gedanke, welchem eine früher zu § 828 gemachte Note 2e [1]) sehr nahe tritt, sondern um deswillen, weil die Eintragung der materiellen Rechtslage entspricht, so kann einer in Gestalt einer Löschungsbewilligung abgegebenen Erklärung nur im Wege der Interpretation Bedeutung abgewonnen werden. Diese Bedeutung kann nun aber bei dem akzessorischen Pfandrechte eine sehr verschiedene sein. Der Gläubiger kann mit der Löschung einverstanden sein, weil er sein Pfandrecht aufgeben und mit dem

1) „Der Grundbuchordnung ist die Vorschrift vorbehalten, daß das Grundbuchamt eine Eintragung nur dann zu bewirken hat, wenn derjenige, gegen dessen eingetragenes Recht die vorzunehmende Eintragung sich richtet, die Eintragung bewilligt hat."

Digitized by Google

persönlichen Kredit sich begnügen will, oder auch, weil er die Forderung aufgiebt. Nach dem Entwurfe könnte man der Meinung sein, daß die Vorlegung einer Entlassung aus dem Pfandnexus oder einer Akzeptilation nicht genüge, sondern, daß in eine gewisse Art von Grundbuchoperation gewilligt sein müsse. Durch § 20 der Grundbuchordnung („Eine beantragte Eintragung ist anzuordnen, wenn zur Zeit des Antrages die Thatsachen vorliegen, von welchen die Zulässigkeit der Eintragung abhängig ist") und den zugehörigen Motiven wird man eines Anderen belehrt, daß es nämlich auf die materielle Rechtslage ankommt. Danach wird aber auch die Bedeutung der Worte in § 843 zweifelhaft (und ein inzwischen eingetretenes Vergessen wahrscheinlich), die zu einer Grundbuchberichtigung erforderliche Eintragung sei in der nach der Grundbuchordnung erforderlichen Form zu bewilligen. Wenn es auf die materielle Rechtslage ankommt, so kommt es darauf an, daß materiellrechtliche Erklärungen und öffentliche Urkunden vorliegen, welche einen gewissen Rechtsbestand darthun. Bei dem akzessorischen Pfandrechte bringt der Eigenthümer eine Akzeptilation, eine Herabsetzung des Zinsfußes, einen Ausschluß des gläubigerischen Kündigungsrechtes vor und bittet um Vermerk der außerhalb des Grundbuches mit der Forderung vorgegangenen Veränderung oder er übermittelt dem Grundbuchamte, bei der Exnexuirung, eine den Bestand des Pfandrechtes treffende Erklärung des Pfandberechtigten.

Schwer zu verstehen ist die Vorschrift in § 843, Abs. 1, Satz 2, daß, wenn zu einer Löschung der Antrag des Eigenthümers erforderlich sei, der letztere auf Verlangen des Berechtigten die Löschung zu beantragen verpflichtet sein solle. Diese Vorschrift hängt zusammen mit §§ 1091, 1094 und Grundbuchordnung § 35. Da nach § 1094 ein Legalübergang der sich in eine Eigenthümerhypothek umsetzenden Hypothek bezw. bei Verpfändung für fremde Schuld der Forderung mit der Hypothek auf den befriedigenden Eigenthümer stattfindet, so kann das Grundbuchamt nie wissen, ob der Hypothekgläubiger noch Gläubiger ist, auch würde durch eine Löschung hinter dem Rücken des Eigenthümers dessen Recht auf Erwerbung der Hypothek in Gestalt der Eigenthümerhypothek beeinträchtigt werden, wenn nämlich alsdann der Gläubiger immer noch die

Digitized by Google

Forderung von dem Eigenthümer beitreiben könnte. Die Schwierigkeit ist geschaffen durch den Legalübergang der Hypothek oder der Forderung mit der Hypothek auf den befriedigenden Eigenthümer. Inkorrekt ist das dem Eigenthümer vorbehaltene Antragsrecht, denn das Antragsrecht will nach der Grundbuchordnung materiellrechtlich gar nichts besagen, da die Eintragung wirksam ist, mag der Antrag von einem Berechtigten oder unbefugter Weise gestellt sein. Allen Schwierigkeiten und Dunkelheiten wird abgeholfen, wenn man statt des Legalüberganges bestimmt, daß der Gläubiger gegen Befriedigung sein Recht auf den Eigenthümer übertragen könne und solle. Wollte alsdann der Gläubiger die Hypothek löschen lassen, so würde er von dem Eigenthümer die Schuld in Ermangelung der Möglichkeit der Gegenleistung nicht eintreiben können. Aber bei der Annahme, daß die Hypothek durch Tilgung der Forderung nicht untergehe, und daß das Gläubigerrecht an der Hypothek von der Hypothek selbst zu unterscheiden bleibe, kommt ein anderer Rechtsgedanke in Betrachtung, welcher vielleicht Berücksichtigung verdient. Die im Range nachstehenden Rechte haben, wie die Bestimmungen der Subhastationsordnung über das geringste Gebot ergeben, die res cum onere, das Grundstück mit den bisherigen Lasten zum Gegenstande. Ein Recht auf Verbesserung im Range im Falle des Wegfalles der Rechte des früheren Hypothekengläubigers besteht nicht. Sollte man da nicht das Pfandrecht so konstruiren können: Der Eigenthümer stiftet eine Grundschuld. Diese begiebt er zu selbständigem Pfandrecht oder zu rein akzessorischem Pfandrecht. Die Gläubiger haben also ein Recht am Rechte und mit Wegfall ihres Rechtes wird das belastete Recht entlastet und steht wieder zur Verfügung des Eigenthümers.

3. Endlich kommen bei der Frage nach den verschiedenen Arten der Nichtübereinstimmung des Grundbuches mit der gegenwärtigen Rechtslage diejenigen Fälle in Betracht, in welchen das Gesetz Rechtsveränderungen an Geschehnisse knüpft, welche außerhalb des Wahrnehmungskreises des Grundbuchamtes sich vollziehen. Ein derartiger Fall ist soeben erwähnt. Ein ähnlicher Legalübergang an Rechten findet bei Vereinbarung der allgemeinen Gütergemeinschaft statt. Derartige Eingriffe der Gesetzgebung sind

Digitized by Google

störend für das Immobilienrecht und soviel als möglich zu vermeiden. Es soll indessen keine Ansicht über die Vermeidlichkeit des letztgedachten Legalüberganges geäußert werden, obwohl Verfasser die der gewöhnlichen widersprechende Meinung nicht ganz verhehlen kann, daß man im ehelichen Güterrecht mit dem Systeme die Trennung der Güter, dem römischen Dotalsysteme, bei welchem eine jede Rechtsänderung durch Rechtsgeschäft sich vollzieht, auskommen würde und daß die Klarheit und Einfachheit dieses Systemes durch keinen anderen Vortheil ersetzt werden könne. Gerade im ehelichen Güterrecht will auch die Verschiedenheit örtlicher Bedürfnisse nicht einleuchten. Die größeste Verschiedenheit liegt in den Lebens- und Vermögensverhältnissen. Wenn hier kein Unterschied gemacht werden kann, so kann auch das lokale Interesse unberücksichtigt bleiben.

Das Ergebniß würde sein: Aendert sich das Recht außerhalb des Buches, so genügt § 39 der Grundbuchordnung, wo bestimmt wird, wie eine solche Rechtsänderung dem Grundbuchamte nachzuweisen ist. Die Zulässigkeit der Feststellungsklage bei sonst mangelndem formellen Beweise braucht nicht bestimmt zu werden.

4. Ganz verschieden von den bisher gedachten Fällen ist der Fall, wenn das Grundbuch sich ändert, ohne daß eine entsprechende Rechtsänderung eingetreten, wenn also unrichtig Buch geführt ist. In den bisherigen Fällen, wenn eine Bedingung sich entschieden, ein Pfandrecht entsprechend dem Schicksal der Forderung sich gestaltet, eine Rechtsveränderung kraft Gesetzes stattgefunden hat, handelt es sich um Buchführung nicht aber um Buchberichtigung. Für die Buchführung gilt das Prinzip, daß der materielle Thatbestand der Rechtsänderung dem Grundbuchamte notorisch, in Erklärungen, welche dem Grundbuchamte abgegeben, oder sonst durch öffentliche Urkunden dargethan sein muß. Diese Buchführung darf man nicht mit der Buchberichtigung vermengen. Nur von der letzteren sollte in § 843 gehandelt werden. Hat das Buch sich geändert ohne daß das Recht sich geändert hat, so ist die neue Eintragung zu streichen. Der Fehler kann in den Grundlagen der Buchung, er kann aber auch in den Konklusionen des Grundbuchamtes liegen. Sobald die Eintragung vollzogen ist, wird sie für

Digitized by Google

das Grundbuchamt unantastbar. Bis zu diesem Zeitpunkte wird man die Anordnung der Eintragung als eine innere Angelegenheit ansehen, in welcher die Behörde noch nicht gebunden ist, da sie ihre Entscheidung noch nicht hinausgegeben hat. Durch die Eintragung entsteht kein Recht, aber doch eine Rechtsposition. Zur Aufhebung dieser dem Besitze zu vergleichenden Rechtsposition ist die Erklärung des Eingetragenen nöthig. Diejenigen, welche durch eine falsche Eintragung gewinnen, sind verpflichtet, auf Darlegung nöthigenfalls im Wege der Feststellungsklage die Falschheit der Eintragung anzuerkennen und in die Aufhebung der Eintragung zu willigen. Jene Einwilligung ist nicht eine rechtsgeschäftliche Erklärung und auch nicht die Anerkennung eines bestimmten positiven Rechtszustandes, sondern lediglich die Anerkennung eines bei der Buchung vorgekommenen Versehens. Die aufzunehmende Bestimmung würde etwa lauten:

„Eine Eintragung, welche ohne Aenderung der wirklichen Rechtslage erfolgt ist, ist wieder aufzuheben. Zu der Wiederaufhebung ist die Einwilligung derjenigen Personen nothwendig, für welche die Eintragung nach § 826 einen Beweisvortheil begründet. Diese Personen sind demjenigen, dessen Recht durch die Eintragung beeinträchtigt wird, zu der Ertheilung einer solchen Einwilligung in einer öffentlich beglaubigten Urkunde auf Kosten des letzteren verpflichtet."

Sollte sich Jemand durch Betrug eine Eintragung erschwindelt haben, so folgt aus dem Verhältnisse unter den Betheiligten von selbst — die höhere Rechtsregel ist unverkennbar —, daß bezüglich der Kostentragung ein Anderes zu gelten hat.

§ 11. Eigenthumsanspruch.

Im Folgenden soll versucht werden, den prinzipiellen Standpunkt, welchen der Redaktor des Sachenrechtes in seiner Vorlage §§ 178 ff und den beigegebenen Motiven S. 885 ff vertreten hat, gegenüber den Beschlüssen der Kommission als die richtigere Grundlage der gesetzlichen Regelung zu vertheidigen.

Vor einem jeden Eingehen auf den Abschnitt über den Eigenthumsanspruch ist die Frage aufzuwerfen, ob überhaupt Bestim-

Digitized by Google

mungen aufzunehmen sind. Das Eigenthum ist das absolute und soweit nicht eine Beschränkung besonders begründet ist, unbeschränkte Recht auf die thatsächliche Herrschaft über die Sache. Die Kehrseite des Rechtes des Eigenthümers ist der Imperativ, welcher zu Gunsten des Eigenthümers an alle übrigen Personen sich richtet. Es ist bereits früher S. 31 hervorgehoben, daß dieser Imperativ den anderen Personen bei dem Zugriff auf die Sache nicht befiehlt, Sorgfalt zur Feststellung des fremden Rechtes anzuwenden. Der Imperativ trifft nur den Wissenden. Daß gewisse Begünstigungen — Erwerb von dem Nichtberechtigten, Recht auf die Nutzungen — nur für den Fall zugestanden werden, wenn weder Wissen noch verschuldetes [1]) Nichtwissen vorliegt, ist eine Sache für sich. Hieraus folgt, daß der Eigenthümer, welchem der Besitz der Sache abhanden gekommen ist, mit denjenigen Personen, welche in Unbekanntschaft mit seinem Rechte der Sache sich angenommen haben, noch überall in keinem Rechtsverhältnisse steht. Von dem Eigenthumskläger wird gesagt (§ 1 I. de act. 4,6): Cum eo agit qui nullo jure ei obligatus est. Der Besitz der fremden Sache ist keine Thatsache, welche, allein für sich, den Besitzer in ein Verhältniß zum Eigenthümer brächte. In der intentio der formula petitoria ist für die Bezeichnung des Beklagten als des Besitzers kein Raum; cum in rem agitur, nihil facit in intentione persona ejus cum quo agitur (Gaj. IV 87.) Läßt der Besitzer vor dem Prozeßbeginne die Hand von der Sache, so haben Besitzer und Eigenthümer niemals mit einander in Rechtsbeziehungen gestanden. In rem actionem pati non compellimur, quia licet unicuique dicere, se non possidere (l. 80 D. de R. V. 6,1). Wenn der redliche Besitzer die Fremdheit der Sache erfährt, so kann er durch einfache Enthaltsamkeit jeder weiteren Behelligung ausweichen. Dem absoluten Schutzbefehle zu Gunsten des Eigenthümers wird also durch ein Unterlassen Genüge gethan. Dieses Unterlassen ist nicht als eine obligatorische Leistung aufzufassen,

1) Culpa in propriis; die Anwendung der Sorgfalt wird nicht zum Schutze anderer Personen befohlen, die Nichtanwendung ist also nicht Delikt. Nur zur Bedingung einer begünstigenden Rechtsnorm wird die Diligenz gemacht.

Digitized by Google

denn ein Unterlassen als Leistung muß immer eine Rechtsaufopferung enthalten und kann nicht in einem Nichtdelinquiren bestehen. Der Ausdruck „Anspruch" ist prozessualisch nicht gut entbehrlich und wird über den Bereich des Obligationenrechtes auch von dem Begehren des Nichtdelinquirens gebraucht werden dürfen. Unter dem rein dinglichen Anspruch wird also das gegen einen Jeden, welcher zwischen die Person und die Sache sich stellt, ex praesenti possessione gerichtete Begehren der künftigen Unterlassung zu verstehen sein. Bei Grundstücken kommt der Eigenthümer auf diesem Wege sicher zu seinem Ziele. Bei beweglichen Sachen nützt ihm ein einfaches Sichzurückziehen des Inhabers nicht, wenn die Sache ihm nicht erreichbar ist. Deshalb muß hier dem Inhaber im Interesse der Rechtsverwirklichung (ut facultas agendi fiat) die Verpflichtung auferlegt werden, die Sache vorzulegen. Auch der Entwurf giebt § 774 dem seine Sache suchenden Eigenthümer ein solches Forderungsrecht, redet dabei aber nur von einem Interesse an der Besichtigung der Sache. Bei den Römern, denen die Konsequenzen aus der Natur des absoluten Rechtes anschaulicher waren, sollte der Inhaber vorlegen, damit alsdann zur Entscheidung komme, ob dem Griffe des Eigenthümers auf die Sache Widerstand geleistet und damit die Voraussetzung zum weiteren Verfahren geschaffen werde. Jedenfalls muß die Rechtswissenschaft dieses Gedankenganges eingedenk bleiben. In der Gesetzesformulirung braucht vielleicht nicht näher darauf eingegangen zu werden. Man kann die Nichterfüllung der Vorlegungspflicht, welche der Eigenthumsverwirklichung dient, als eine Verletzung des Eigenthumes behandeln und unter „Vorenthalten" bei Grundstücken das Nichtweichen, bei beweglichen Sachen sowohl das Nichtweichen als auch bei Nichtvorliegen der Sache das Nichtvorlegen verstehen. In den neueren Gesetzgebungswerken wird ein gegenwärtiges Vorenthalten als das Merkmal derjenigen Person bezeichnet, gegen welche der Eigenthumsanspruch zu richten ist, preuß. A.-L.R. I 15 § 1; sächs. G.-B. § 295; preuß. rev. Entw. II § 390; bayr. Entw. III § 153; hess. Entw. II 3 Art. 6. Nur darf man nicht mehr eine Gerichtsregel geben, welche einen Anspruch oder eine Klage zuspricht, sondern man hat eine Rechtsregel

Digitized by Google

aufzustellen; diese Rechtsregel würde den Inhalt des Eigenthumsrechtes, den gegen alle anderen Personen sich richtenden Imperativ zu geben haben und deshalb folgender Formulirung fähig sein:

„In Verletzung des Eigenthumes handelt, wer dem ihm bekannten Eigenthümer die Sache rechtswidrig vorenthält."

Eine Unterscheidung von Besitzer und Inhaber wird besser nicht beigefügt. Regelmäßig kann nur der Inhaber vorenthalten, doch ist eine Erklärung des Inhabers dahin oft zu erwarten, er wolle gern weichen, wolle sich aber nicht verantwortlich machen und deshalb erst den Besitzer fragen. Einen solchen Aufschub muß man dem Inhaber auch außerhalb des Prozesses gewähren und läßt sich ein solches Recht ohne besondere Bestimmung per analogiam aus § 73 C.-P.-O. ableiten, indem man sagt, ein solches Verhalten sei kein Vorenthalten. Widerspricht der angegangene Besitzer, so wird er der Vorenthaltende. Es versteht sich übrigens von selbst, daß Jemand, welcher einem fremden Besitzstande gegenüber steht, auch wenn er Eigenthumsprätendent sein und an sein Eigenthum glauben sollte, für eine aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit an der Sache begangene schädigende Handlung haftet. Nur für den Besitzer und eventuell dessen Inhaber ist das Eigenthumsdelikt von der Voraussetzung der Kenntniß fremden Rechtes abhängig zu machen. Bei fremdem Besitzstande kann das Delikt der verbotenen Eigenmacht — indirekt auch ein Eigenthumsdelikt — aus Vorsatz oder auch aus Fahrlässigkeit begangen werden, vgl. Mot. III, S. 110. Zweifelhafter ist es, ob man von dem Okkupanten einer nicht besessenen Sache verlangen soll, daß er Sorgfalt anwende, um bei seiner Zueignung den Bestand des fremden Eigenthumes zu erkennen, ob also ein Finder delinquirt, welcher eine verlorene Sache fahrlässiger Weise für eine delinquirte Sache oder ein gezähmtes Thier, welches die consuetudo revertendi noch nicht abgelegt, für eine herrenlose Sache hält. Ich bin der Meinung, daß, wenn einem solchen Finder wirklich geglaubt wird, ein Delikt nicht angenommen werden kann. Auch für den Besitzbeginn ohne verbotene Eigenmacht wird also die Regel gelten, daß nur Wissen haftbar macht. Die Annahme eines fahrlässigen Hehlereideliktes in der Rechtssprechung des Reichsgerichtes hätte nicht dazu führen sollen, besondere Vorschriften für die Erlangung

Digitized by Google

des Besitzes durch eine strafbare, wenn auch nur auf Fahrlässigkeit beruhende Handlung zu geben (§ 900, § 931, Abs. 2). Die strafrechtliche Frage ist zu kontrovers, um ihre Entscheidung auch zivilrechtlich festzunageln. Die vorgeschlagene Vorschrift schafft gegenüber der in § 929 mehr in Gestalt einer Gerichtsregel gegebenen Vorschrift, der Eigenthümer habe gegen den Besitzer und Inhaber den Anspruch auf Herausgabe, nach allen Richtungen Klarheit.

In § 934 giebt der Entwurf eine Vorschrift über die mora des Vorenthaltenden. Die Anwendung der Vorschriften über mora ist bedenklich; denn es fehlt an einer Obligation; man gelangt aber auch auf diesem Wege zu falschen Resultaten. Der Inhaber, welcher zur Herausgabe aufgefordert ist, müßte, wenn später der Kläger obsiegt, beweisen, daß er sich in einem entschuldbaren Irrthume befunden hat. Wenn nun auch die Unkenntniß fremden Rechtes im Allgemeinen entschuldbar sein wird, so ist es doch unbillig, wenn der Inhaber als säumig behandelt werden und die schwere Gefahr des Unterganges der Sache tragen soll, sobald er in der Erforschung fremden Rechtes nicht alle Sorgfalt angewendet hat, denn er soll nicht nach dem Beweise suchen, sondern der Beweis soll ihm erbracht werden. Materiell in den Folgen kommt die Regelung ziemlich auf dasselbe hinaus, denn mora macht ähnlich haftbar, wie Delikt. Nur bezüglich der Verjährung des Schadensanspruches ist der Delinquent in § 719 begünstigt. Im vorliegenden Falle kann diese Unebenheit wegen ihrer geringen praktischen Bedeutung dahin gestellt bleiben, doch wird in der Streichung des § 934 eher ein Vortheil zu erblicken sein.

Der Hauptunterschied zwischen der Vorlage und dem Entwurfe besteht darin, daß erstere von dem rein dinglichen nur auf Räumung gerichteten Anspruche (§ 929), welcher lediglich das gegenwärtige Vorenthalten (ex praesenti possessione) zur Voraussetzung hat, alle übrigen in Folge gewisser Handlungen des Besitzers (ex commisso) entstandenen Ansprüche unterscheidet, diesen Ansprüchen die Eigenschaft gewöhnlicher Obligationen beilegt und hierbei das wissentliche Haben einer fremden Sache beziehungsweise den Prozeßbesitz als ein verpflichtendes negotium alienum ansieht, auch wenn der animus negotia gerendi fehlte.

Digitized by Google

Die Vorlage hielt es für geboten, die römischen in Ansehung des Vindikationsprozesses geltenden Gerichtsregeln in Rechtsregeln zu übersetzen. Nach dem römischen Prozeßrechte, auch noch zur Zeit Justinians, mußte der Kläger die actio bezeichnen, welche er geltend machen will. Von der allgemeinen rechtlichen Natur der Klage ist der Fortgang und Ausgang des Prozesses abhängig. Die Regeln des gewählten Judizium mußten die Anträge als zulässig erscheinen lassen. Wenn der römische Richter angewiesen wurde, die auf dolus praeteritus und culpa praeterita begründeten praestationes personales im Widerspruche mit der Natur des Judizium „etsi in rem actio sit" (L. 25, § 18 D. de her. pet. 5,3) zuzubilligen, so müssen wir für diese Gerichtsregel die ihren Grund bildende Rechtsregel suchen. Madai, die Lehre von der mora S. 187, bemerkt mit Recht, daß die durch das S. C. Juventianum eingeführte Verantwortlichkeit aus dolosem und kulposem Handeln, also die praestatio doli et culpae, das Bestehen eines obligatorischen Verhältnisses voraussetzt und ohne ein solches überhaupt nicht vorhanden ist. Francke, Kommentar zu dem Pandektentitel de her. pet., sagt S. 271: „Danach müssen wir die Frage stellen, in welchen Beziehungen und Verhältnissen der malae fidei possessor schon vor der Klage für culpa haftet und ob vielleicht man sagen dürfe, daß er ganz wie ein Administrator fremden Vermögens für Versehen und Nachlässigkeiten einsteht. Und allerdings können und müssen wir dieses als Regel aufstellen und nur die Ausnahme zulassen, daß er nicht wie ein Vormund und Administrator verpflichtet ist, disponible Gelder zinsbar zu belegen." Der unredliche Besitzer soll in einer gewissen Weise mit der Sache verfahren und ist gegenüber dem Eigenthümer zu einer gewissen Behandlung derselben verpflichtet.

Erst die Annahme einer solchen Verpflichtung ermöglicht, daß kulpose oder dolose Verletzungen einem Besitzer zum Vorwurfe gemacht werden können. Der Grund dieser Verpflichtung liegt darin, daß er eine Sache besitzt, welche er als eine fremde kennt. Zum Begriffe des unredlichen Besitzes gehört nicht, daß die Sache dem Eigenthümer unrechtmäßig entzogen ist. Man kann unredlicher Besitzer sein, ohne auch nur den Eigenthümer zu kennen, und der

Digitized by Google

Eigenthümer hat vielleicht von seinem Rechte keine Ahnung, sodaß also das Nichthaben des Eigenthümers außer allem Ursachenzusammenhange mit dem unredlichen Besitze stehen kann und der unredliche Besitzer nicht dem rechten Herrn Vortheile entzieht, sondern nur ihm nicht zukommende Vortheile sich anmaßt. Wer eine fremde Sache wissentlich inne hat, ohne in einem seine Handlungsweise regelnden Schuldverhältnisse zu dem Eigenthümer zu stehen, handelt nur dann redlich, wenn er sich durch einen einseitigen Willensakt, den Geschäftsführungswillen, in ein solches Verhältniß zu dem Eigenthümer setzt. Ist er einer anderen Willensmeinung, so handelt er unredlich. Die mindeste und auf allen Fall gerechtfertigte Reaktion gegen eine solche Unredlichkeit muß darin bestehen, daß er in Ansehung seiner Verpflichtungen gegen den Eigenthümer ebenso behandelt wird, als wenn er den Geschäftsführungswillen gehabt hätte. Daß die römischen Juristen in der Lehre von der Vindikation nicht auf den Gesichtspunkt der Geschäftsführung zurückgegriffen haben, erklärt sich aus dem Prozeßrechte. Nicht das judicium negotiorum gestorum, sondern die in rem actio, welche den fremden Besitz angreift, stand zur Verhandlung. Eine Klagenhäufung kannte man nicht. Es konnten zwei Klagen höchstens alternativ angestellt werden.[1]) Man erkannte die Verwaltungspflichten des unredlichen Besitzers sehr wohl. Sie spiegeln sich aber nur wieder in ihrer Verletzung dolus praeteritus und culpa praeterita. Hätte der unredliche Besitzer pflichtmäßig gehandelt, so würde er die Sache unverletzt mit allen Früchten (der Erlös trat allerdings nicht dem Eigenthume nach an die Stelle), soweit nicht Zufall obgewaltet, besitzen, der Kläger also durch seine in rem actio Alles erlangen, was ihm gebührt. Der verschuldete Nichtbesitz entzog eigentlich dem Kläger die dingliche Klage; solches erschien für denselben beschwerlich und man brachte die persönlichen Verpflichtungen aus der Geschäftsführung in dem Vindikationsverfahren dadurch zur Berücksichtigung, daß man den unredlichen Besitzer so behandelte, als wenn er das besäße, was er besitzen

1) L. 1 § 4 D. quod leg. 43,3, und v. Bethmann-Hellweg, röm. Civ.-Proz., Bd. 2, § 86, Note 17.

Digitized by Google

würde, wenn er pflichtmäßig gehandelt hätte. Dies ist die Bedeutung des Satzes dolus — und auch culpa — pro possessione est. Der Vortheil für den römischen Eigenthumskläger lag darin, daß er die Ansprüche ex commisso in dem Vindikationsverfahren geltend machen konnte; eine sehr große Härte würde es aber gewesen sein — und in der Doktrin wird das römische Recht dieser Härte beschuldigt [1]) —, wenn die Ansprüche ex commisso nur im Vindikationsverfahren hätten geltend gemacht werden können, mithin der unredliche Besitzer, welcher die Sache stark ausgenutzt und verschlechtert hat, durch den zufälligen Untergang derselben frei geworden wäre, auch die unredlichen Vorbesitzer des beklagten gegenwärtigen Besitzers nicht hätten in Anspruch genommen werden können.

Es wird mithin die Verhaftung des unredlichen Besitzers, als wenn er besäße, was er bei pflichtmäßiger Handlungsweise besitzen müßte, nur als eine Ausdrucksweise angesehen werden können, welche die Geltendmachung der Ansprüche aus der Geschäftsführung im Vindikationsverfahren ermöglicht. Hiermit stimmt auch die Ansicht Wetzell's, Vindikationsverfahren S. 151, überein, welcher sagt, daß das S. C. Juventianum, welches jene Haftung in Uebereinstimmung mit dem älteren Rechte für einen besonderen Fall ausspricht, ganz umgangen und an seine Stelle der Gesichtspunkt der Geschäftsführung für die Erbschaft gesetzt werden könne, um die Richtung der hereditatis petitio gegen denjenigen zu erklären, welcher wirkliche Erbschaftssachen nicht mehr oder mehr als diese besitzt. Von der Eigenthumsklage muß dasselbe gelten. Die Verwaltungspflicht des Besitzers ist bei der Erbschaft nur eine weitere als bei der einzelnen Sache, da es dort ein ganzes Vermögen zu erhalten und zu verwalten gilt und demgemäß ausgedehntere Maßnahmen zu solchem Zwecke erforderlich sind.

Für das gegenwärtige Recht liegt nicht der geringste Grund vor, die materiell auf den Gesichtspunkt der Verwaltung fremden Vermögens zurückzuführenden Verbindlichkeiten des unredlichen

1) Bekker, über in rem actiones, Jahrb. des gem. deutschen Rechtes, Bd. 4, S. 193, a. E. unter 4.

Digitized by Google

Besitzers vermöge einer Fiktion des Besitzes durch die Eigenthumsklage verfolgbar machen zu wollen. Wir sind durch nichts gehindert diese Verbindlichkeiten mit ihrem wahren Namen zu bezeichnen.

Ob man diesen Fall als unächte negotiorum gestio von der ächten unterscheiden will, wie Zimmermann, Aechte und unächte negotiorum gestio S. 27, ist eine der Theorie zu überlassende Frage. Für das römische Recht wird diese Verbindlichkeit in L. 6, § 3 D. neg. gest. 3,5 [1]) anerkannt und steht nichts entgegen, sie für einen jeden Fall des unberufenen wissentlichen Inhabens fremder Sachen anzunehmen. Der Dresdner Entwurf enthält eine der L. 6, § 3 cit. entsprechende Bestimmung. Auch das preuß. A.-L.-R. redet von einer mit der Inhabung fremder Sachen als solcher verknüpften Verbindlichkeit gleichen Inhalts in I. 7, § 137: „Der bloße Inhaber hat diejenigen Rechte, welche aus der Pflicht folgen, die Sache oder das Recht zum Besten desjenigen, welchem der Besitz gebührt, zu erhalten." Vgl. auch rev. Entw. II § 119. Diese Fürsorgepflicht soll stets beginnen in dem Augenblicke der erlangten Wissenschaft von der Fremdheit der Sache, A.-L.-R. § 138, rev. Entw. § 120. Nur wird diese Verbindlichkeit als die geringste angesehen, welche eintreten kann; damit nicht eine schärfere Haftung eintrete, muß die Absicht, die Sache dem Eigenthümer zu erhalten, an den Tag gelegt sein, I 15, §§ 21, 22.

Der praktische Vortheil einer solchen Konstruktion der Verbindlichkeiten des unredlichen Besitzers liegt klar zu Tage. Einerseits ist der Anspruch des Eigenthümers nicht auf die Bereicherung des Beklagten beschränkt, wie die condictio sine causa; er umfaßt andererseits jede Bereicherung, welche mit oder auch ohne Schaden des Eigenthümers gemacht ist und gewährt deshalb eventuell mehr als ein Anspruch aus rechtswidriger Entziehung der Sache.

---

1) Sed et si quis negotia mea gessit, non mei contemplatione sed sui lucri causa: Labeo scripsit, suum eum potius quam meum negotium gessisse, qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilo minus sed imo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem.

Digitized by Google

Uebrigens kann nicht nebeneinander und kumulativ Schadenersatz wegen rechtswidriger Entziehung und Haftung nach Maßgabe der Vorschriften über Geschäftsführung gefordert werden, denn wenn die Sache nicht entzogen wäre, so hätte es nicht zu der vortheilhaft ausgefallenen geschäftsführerischen Verwaltung kommen können. Es würden mithin zwei einander ausschließende Thatbestände neben einander geltend gemacht werden.

Der Umfang der Verbindlichkeiten des unredlichen Besitzers bestimmt sich nach demjenigen Geschäfte, welches als von ihm übernommen gilt und von welchem er nicht unzeitig wieder ablassen darf. Dieses Geschäft besteht in der Verwahrung, Erhaltung und Nutzung der Sache für denjenigen, den es angeht, nämlich den sich legitimirenden Eigenthümer. Bei beweglichen Sachen ist der Hauptfall der Verrückung des Besitzstandes das Abhandenkommen, der Verlust. Der Entwurf hat nun zwar die Obligation, welche der Finder durch die Ergreifung der Sache übernimmt, nicht als Geschäftsführungsverbindlichkeit bezeichnet und nicht durch Verweisung auf den betreffenden Abschnitt näher bestimmt; es ist indessen der Wissenschaft, welche überwiegend für jenen Weg eintritt, die Beurtheilung nicht verschränkt, Mot. III, S. 376. Hat der Finder sofort bei Ergreifung der Sache den Zueignungswillen, so steht die Haftung aus Delikt nicht entgegen, daneben eine Haftung aus der gestio anzunehmen, soweit solche mehr ergeben sollte.

Gegenüber dem legitimirten Eigenthümer tritt für den Besitzer neben der einfachen Räumungspflicht, welche dem dinglichen Anspruche gegenüber, wie früher hervorgehoben, besteht, eine Herausgabepflicht ein. Gegenstand dieser Verpflichtung ist eine Dienstleistung (nicht Rechtsverschaffung, obgleich der Ausdruck Herausgabe im Entwurfe auch oft die Rechts-Restitution umfaßt). Die bewegliche Sache soll vorgelegt und dann soll nur in der Richtung auf den Empfänger der Besitzwillen zurückgezogen werden, bis dahin also die Sache für den Empfänger bewahrt bleiben.

Die Erstattung der Nutzungen wird dadurch auf eine einheitliche Wurzel zurückgeführt, daß die Nutzungen als Geschäftsertrag sich darstellen. Bei fruchttragenden Sachen besteht das

Digitized by Google

übernommene fremde Geschäft darin, daß in ordnungsmäßiger Weise für die Beförderung der Entstehung organischer Erzeugnisse aus der Sache — fructus im engeren Sinne — gesorgt oder die bestehende Ausbeutung der Bodenschätze fortgesetzt wird. Nicht fruchttragende Sachen liefern mittels Rechtsgeschäftes einen Entgelt für den Gebrauch und auch dieses Geschäft liegt dem unredlichen Besitzer ob, woraus dann aber auch folgt, daß der unredliche Besitzer die mit dem gewöhnlichen und ordnungsmäßigen Gebrauche z. B. bei dem Schiffe verknüpfte Gefahr nicht trägt. Das Geschäft der Erhaltung und Nutzung schließt weder die Befugniß noch die Pflicht ein, Sachen dadurch nutzbar zu machen, daß man sie z. B. Geld, veräußert, um danach ein Mehr zurückzuerhalten. Ist aber über Geld verfügt, so tritt jedenfalls die Zinspflicht ein, wie bei Verwaltern fremden Vermögens.[1]) Hat der unredliche Besitzer über die fremde Sache rechtsgeschäftlich weiter verfügt, als seine Pflicht solches erforderte und seine Pflicht damit gegen die Gefahr ihn deckte, so kann der Eigenthümer ihm zum Vorwurfe machen, daß er so gehandelt hat, und ihm denjenigen Betrag in Rechnung setzen, welchen er gezogen haben würde, wenn er streng innerhalb seiner Pflicht sich gehalten hätte; er kann ihm andererseits, da er die gezogenen Früchte zu fordern befugt ist, auch den wirklichen Geschäftsertrag in Rechnung setzen, muß aber dann die Lasten des Geschäftes dem unredlichen Besitzer abnehmen, da der Begriff des Geschäftsertrages den Abzug der Lasten in sich schließt. Die Veräußerung der Sache kann ausnahmsweise als nothwendige Erhaltungsmaßregel in die Verwaltungspflicht des Besitzers fallen (vgl. § 911), namentlich bei den leicht verderbenden Erzeugnissen. Im römischen Rechte findet sich keine Hindeutung auf eine solche Verwaltungspflicht, weil die Vindikation nach einem derartigen Untergange der Sache nicht gegeben wurde. Im französischen und preußischen Rechte wird die Frage dadurch umgangen, daß der unredliche Besitzer für den Untergang verantwortlich gemacht wird, wenn dessen schädliche Wirkung von dem Eigenthümer durch Verkauf hätte abgewendet werden können.

1) Vgl. Dresd. Entw. Art. 700; bayr. L.-R. II, 2 § 11.

Digitized by Google

Selbstverständlich sollen die Vorschriften über Geschäftsführung nur soweit sie die Pflichtseite betreffen auf den unredlichen Besitzer Anwendung finden. Eine Verbindlichkeit des Eigenthümers zur Uebernahme des Resultates der geführten Geschäfte nach der passiven Seite — Impensenersatz — ist nur unter Beschränkungen zu bestimmen.

Die Kommission hat den Standpunkt des Entwurfes abgelehnt, weil die Geschäftsführung ohne Auftrag eine subjektive Rücksichtnahme auf den erkennbaren Willen des Geschäftsherrn voraussetze, eine solche Rücksichtnahme aber für das Verhältniß des unredlichen Besitzers nicht passe. Dieser Ablehnungsgrund möchte nicht ganz zutreffend sein. Es giebt unzählige Fälle der Geschäftsführung, des Fundfalles gar nicht zu gedenken, in welchen das Geschäft für denjenigen vorgenommen wird, den es angeht. Der Umstand, daß der Berechtigte ungewiß ist, giebt gerade den Anlaß zum negotium utiliter coeptum, indem die Ungewißheit ein Hinderniß bildet, es lediglich bei einer Benachrichtigung des dominus negotii zu belassen. Eine derartige Ungewißheit läßt deshalb sehr wohl Raum für die Geschäftsführung ohne Auftrag, nur fällt natürlich die Möglichkeit einer persönlichen Rücksichtnahme hinweg und kann für die Verwaltungsmaßnahmen nur der Standpunkt der objektiven Zweckmäßigkeit entscheiden. Sobald aber der unredliche Besitzer im Gesetze zum Gestor des Eigenthümers erklärt wird, wird ihm als dominus negotii eine unbestimmte Persönlichkeit gesetzt. Selbst wenn der Besitzer eine persönliche Meinung über die Frage, wer Eigenthümer ist, haben sollte, bleibt es doch seine Pflicht, die Legitimation des sich Meldenden sorgfältig zu prüfen.

Statt dem Systeme der Vorlage zu folgen, hat der Entwurf in der verneinenden Vorschrift des § 930, dessen Entbehrlichkeit schon früher S. 30 nachzuweisen versucht ist, das Ergebniß abgewendet, welches in Ansehung der Restitution der Sache mit Früchten und des Schadensersatzes aus der Anwendung der Vorschriften über Delikte und über ungerechtfertigte Bereicherung sich ergeben würde, soweit nicht in den folgenden Paragraphen dieses Ergebniß akzeptirt ist. Dann wird in § 931 die Erhaltungs- und Nutz-

Digitized by Google

barmachungspflicht des unredlichen Besitzers nicht unmittelbar und unter Hinweis auf einen im Obligationsrechte weiter geregelten Schuldgrund sondern durch Bezeichnung der dem Besitzer obliegenden Leistungen bestimmt. Ein solches Verfahren ist geeignet, Bedenken zu erregen. Mußte man denn die Vorschriften über Delikte und ungerechtfertigte Bereicherung so gestalten, daß sie in diesem wichtigen Falle kein richtiges Ergebniß liefern und der Korrektur bedürfen? Es ist schon früher darzulegen versucht, daß jene Vorschriften auch hier vollständig Anwendung finden können, wenn nur das Nutzungsrecht des nicht unredlichen Besitzers — falls man solches überhaupt und nicht die fructus exstantes mitvindizirt werden lassen will — im Allgemeinen und nicht wie nach § 900 in der Beschränkung auf den Eigenthumserwerb an Erzeugnissen und Bestandtheilen zugestanden wird, und wenn ferner aus dem Besitze mit schuldhafter Unkenntniß des Eigenthümers kein Delikt gemacht wird. Noch eine Feinheit kommt in § 931 vor. Der malae fidei possessor wird nicht als der Besitzer definirt, welcher sein Nichteigenthum kennt, sondern es wird statt dessen die Kenntniß der Nichtberechtigung zum Besitze gesetzt, weil, wie die Motive S. 403 erläutern, eine Berechtigung zum Besitze auch ohne Eigenthum des Besitzers denkbar bleibe, z. B. wenn das verkaufte Grundstück vor der Auflassung tradirt sei. Dieser Grund möchte kaum zu einer neuen und auffälligen Ausdrucksweise ermächtigen. Die Berechtigung zum Besitze ist immer Eigenthum. Ist vor der Auflassung das Grundstück tradirt, so hat der Empfänger das Bewußtsein, daß er nicht Eigenthümer ist, jedoch ist obligatorisch, da communi consensu gehandelt ist, das Verhältniß unter den Betheiligten so geordnet, als wenn der Empfänger schon von der Tradition an Eigenthümer wäre. Diese Regelung entzieht den Empfänger der Behandlung als unredlicher Besitzer, ohne daß irgend eine Einschränkung des Begriffes der malae fidei possessio zu seinen Gunsten erforderlich wäre.

Noch ein wesentlicher Unterschied besteht zwischen dem Entwurfe und der Vorlage. Die letztere regelt nur die Verpflichtungen des Besitzers; ersterer daneben die Verpflichtungen des Inhabers mit Berücksichtigung der verschiedenen Kombinationen: beide wissen,

Digitized by Google

beide wissen nicht; der Besitzer weiß; der Inhaber weiß. Im römischen Rechte und in den neueren Gesetzgebungen hat der Entwurf keine Stütze. Folgende Gründe möchten dafür sprechen, daß derselbe sich eine unnöthige Arbeit gemacht hat:

Sobald man das Haben der fremden Sache als negotium gestum betrachtet, wird klar, daß nur der Besitzer als Gestor und dementsprechend als Schuldner aus diesem Schuldgrunde angesehen werden kann, eine Haftung des bloßen Inhabers aber aus diesem Grunde nicht abzuleiten ist, mag er auch von der malae fidei possessio Kenntniß haben; denn dadurch daß Jemand zum Gestor als Miether, Verwalter u. s. w. in Beziehungen tritt, wird er nicht selbst Gestor. Der malae fidei possessor einer Reitanstalt soll ja auch nach dem Entwurfe die Gäule vermiethen, um die aus der ordnungsmäßigen wirthschaftlichen Behandlung sich ergebenden Erträge nicht zu versäumen. Da darf man doch den Miethern keinen Vorwurf machen. In dem seltenen Falle, daß ein solcher Miether Kenntniß haben sollte, sein gutgläubiger Vermiether habe ihm ein gestohlenes Pferd vermiethet (§ 932 Abs. 2), kann hieraus ihm keinerlei Verpflichtung erwachsen. Sollte er, der Miether, das Pferd beschädigen und aus diesem Grunde Ersatz zu leisten haben, so wird man ihn allerdings für verpflichtet erachten müssen, den Ersatz an den ihm bekannten richtigen Gläubiger zu zahlen, da ihm sonst die Gefahr droht, daß seine Verbindlichkeit als nicht getilgt erscheint, vgl. S. 18, 19.

Es bleiben also nur Delikt und unerlaubte Bereicherung als mögliche Schuldgründe und über diese braucht man nichts zu sagen, wenn man sich nicht, wie der Entwurf, künstlich die Nothwendigkeit geschaffen hat, diese Haftung zu bestimmen. Bei beweglichen Sachen wird der unredliche Besitzer meistens ein strafbarer Delinquent sein, da er seine Stellung als Besitzer nur durch Verletzung des Unterschlagungsparagraphen gewinnen konnte, wenn er nicht etwa von vornherein die Sache durch Delikt erlangt hat. Der spätere Inhaber kann zwar nicht Mitthäter oder Gehülfe, aber er könnte doch Begünstigter oder Hehler sein und würde solchenfalls als dem Eigenthümer, wenn ein Schaden als in Ursachenzusammenhange mit dem Delikte stehend sich ergiebt, haftbar

Digitized by Google

erscheinen, wenigstens wenn man den Begriff des zivilrechtlichen Deliktes in der Ueberschreitung einer jeden den Schutz einer bestimmten Person bezweckenden, auch öffentlich rechtlichen Vorschrift findet, vgl. S. 33. Ist dem Inhaber die Sache mit dem obligatorischen Rechte zur Gewinnung des Eigenthumes an Erzeugnissen oder Bestandtheilen übergeben (§ 901), so wird der Inhaber, welchem der Rechtsmangel seines Autor bekannt ist, unredlicher Besitzer jener Sachen und haftet mindestens als solcher. Ob eine in Empfang genommene liberale Gebrauchsgestattung den Inhaber mit einer condictio sine causa haftbar macht, möchte sehr zweifelhaft sein. Der maßgebende Gesichtspunkt für die vorliegende Frage wird dahin gehen, daß an dieser Stelle nur über das besondere als negotiorum gestio sich qualifizirende Schuldverhältniß etwas im Gesetze zu sagen ist, dieses Verhältniß aber den bloßen Inhaber nicht angeht und dieser deshalb aus dem Spiele gelassen und der zutreffenden Deliktshaftung und Haftung wegen ungerechtfertigter Bereicherung überlassen werden kann.

Werden im Gesetze die Verpflichtungen des unredlichen Besitzers auf einen bestimmten Schuldgrund zurückgeführt, so muß bezüglich des Prozeßbesitzers das gleiche Verfahren eingehalten werden. In dem römischen Prozeßverfahren wurde der besitzende Beklagte durch ein zu erzwingendes Rechtsgeschäft, bei Anwendung der formula petitoria durch die satisdatio judicatum solvi, welchem die clausula de dolo hinzugefügt und aus welchem also der Beklagte wie aus einem bonae fidei negotium verpflichtet wurde, angehalten, mit dem Streitobjekte nach Treu und Glauben während des Rechtsstreites zu verfahren und die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden, daß der Kläger für den Fall seines Obsieges keinen Schaden leide. Zur Zeit Justinians fand eine Leistung der cautio judicatum solvi nicht mehr statt. An die Stelle eines zu erzwingenden Vertrages tritt eine unmittelbar aus gesetzlicher Vorschrift entspringende Verbindlichkeit. Aber auch hier wird das Schuldverhältniß nicht definirt, sondern werden nur Konsequenzen aus demselben durch Erweiterung oder Beschränkung der Herausgabepflicht gegeben. Einer gleichen Ausdrucksweise bedienen sich die neueren Gesetzgebungen. So wird nach preuß.

Digitized by Google

A.-L.-R. der Prozeßbesitzer als unredlicher Besitzer seit dem Tage der Klagbehändigung fingirt und ihm im Wesentlichen die gleiche Restitutionspflicht wie dem „wirklich" oder „eigentlich" unredlichen Besitzer bei gleichen Ersatzansprüchen auferlegt; aber er hat für die versäumten Früchte und für zufällige Verschlechterungen keine Verantwortung und haftet nur für mäßiges Versehen [1]). Nach dem sächs. B.-G.-B. bringt die Benachrichtigung von der Klage eine Haftung für Verschulden (§ 306) und für die Früchte (§ 308) mit sich. Eine ähnliche den Umfang der Restitutionspflicht bestimmende Ausdrucksweise findet sich bayr. L.-R. II 2, §§ 10, 11; österr. G.-B. § 338. Der Code civil hat bekanntlich keine Regelung des Eigenthumsanspruches.

Die Vorlage wollte den Prozeßbesitzer als Sequester behandeln. Die Kommission hat diesen Vorschlag abgelehnt, weil es angemessener erschien, die Verwaltungspflichten des Prozeßbesitzers lediglich objektiv in der Weise zu bestimmen, daß der Beklagte die Fürsorge eines ordentlichen Hausvaters in Ansehung der Unschädlichkeit seines Prozeßbesitzes für den obsiegenden Kläger anzuwenden habe. Diese Motivirung findet sich in den Protokollen. Gegen dieselbe ist einzuwenden, daß für einen Sequester nicht die Pflicht einer Rücksichtnahme auf die doch nur selten zusammenfallenden subjektiven Interessen beider Theile obwaltet, sondern daß die Rücksichten objektiver Zweckmäßigkeit für denselben entscheidend sein müssen. Jedenfalls hätte man bei Qualifizirung des Prozeßbesitzers als eines Sequesters das Gebundensein desselben lediglich an Rücksichten objektiver Zweckmäßigkeit hervorheben können. Statt dessen wird auf den Prozeßbesitzer die Analogie des unredlichen Besitzers angewendet und wird also nicht Schuldgrund, sondern Leistungsgegenstand bestimmt. Ferner findet auch für diesen Fall eine Paralleliſirung der Haftung von Besitzer und Inhaber statt. Es ist nun aber wohl klar, daß zum Sequester nur derjenige gemacht werden kann, wer die Sache hat, also der Inhaber. Der Besitzer, welcher die Sache nicht hat und auch gar nicht befugt ist, dem Inhaber Befehle zu ertheilen, kann nicht für Verwahrung, Erhal-

1) Preuß. A.-L.-R. I, 7, §§ 222—228, 232—240, 243, 244; Förster-Eccius Bd. 3, § 165, S. 125.

Digitized by Google

tung und Nutzbarmachung der Sache haften. In vielen Fällen wird der Inhaber keine Lust haben, den Prozeß zu führen und die Sache zu bewahren. Er wird dann seinem Autor die Sache zurückgeben und sich dadurch dem Prozesse entziehen.

Die für den Fall des unredlichen Besitzes und des Prozeßbesitzes aufzunehmenden Vorschriften werden etwa in folgender Weise formulirt werden können:

§ a.

„Der Besitzer, welcher weiß, daß ihm das Eigenthum nicht zusteht, haftet dem als Eigenthümer sich Ausweisenden in gleicher Weise, wie wenn er der Sache als Geschäftsführer ohne Auftrag sich angenommen hätte."

§ b.

„Von dem Zeitpunkte an, in welchem der Anspruch auf Einräumung der Inhabung auf Grund des Eigenthumes rechtshängig geworden ist, wird der Beklagte, welchem die Inhabung der Sache während des Prozesses verbleibt, verpflichtet, für die Nutzbarmachung, sowie für die Verwahrung und die Erhaltung der Sache wie ein bestellter Sequester zu sorgen."

In § 761 müßte dann auch der Ausspruch, daß, wer ein fremdes Geschäft als eigenes besorgt, delinquirt und nur als Delinquent haftet, gestrichen werden. Dieser Ausspruch steht im Widerspruche damit, daß später die malae fidei possessio, welche doch ein solches Verfahren darstellt, nicht als Delikt behandelt wird und in Wirklichkeit auch nicht die Begriffsmerkmale des Deliktes trägt. Nur wenn andere Thatbestandsmomente dazu treten, kann der unredliche Besitzer zugleich Delinquent sein. Wird nur von unredlichem Besitze geredet, so wird damit nicht mehr als mala fides superveniens behauptet, bei welcher ein Unrecht in dem Beharren in dem bisherigen Zustande gegeben ist, aber ein Unrecht, welches der Thatseite entbehrt und deshalb nicht als Delikt erscheint. Die Motive II, S. 870, 871 sagen zwar, es liege kein Interesse vor, solchenfalls dem Geschäftsherrn neben dem Deliktsanspruche einen Anspruch aus der negotiorum gestio zu geben; in den Motiven III, S. 403 ist dagegen ausgeführt, daß

Digitized by Google

die Haftung des unredlichen Beſitzers über die Haftung des deliktmäßigen Beſitzers ſehr wohl hinausgehen und mithin dem Eigenthümer daran gelegen ſein kann, nur das Moment der Unredlichkeit bei dem deliktmäßigen Beſitzer geltend zu machen. Der Delinquent kann nach ſeinen Verhältniſſen Nutzungen gezogen haben, welche der Eigenthümer nie gezogen haben würde, welche alſo nicht als Schadenserſatz, ſondern nur als Geſchäftsertrag gefordert werden können.

§ 12. Die Impenſenfrage. §§ 936—938.

In der Impenſenfrage folgt der Entwurf dem franzöſiſchen Rechte, in welchem der Verwendungserſatz aus dem Geſichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung betrachtet wird, während im gemeinen Rechte, welchem die meiſten Geſetzgebungen folgen, dem Beklagten mit einer exceptio doli geholfen wird. Die Hülfe beruht auf einer beſonderen Ermächtigung des Richters, alſo auf einer Gerichtsregel. Permittitur judici ex aequo et bono secundum cujusque rei de qua actum est naturam aestimare quemadmodum actori satisfieri oporteat; § 31 J. de act 4,6. Statt der Gerichtsregel wird auch hier eine Rechtsregel zu geben ſein.

Eine Bereicherung des Eigenthümers dadurch, daß der Beſitzer Verwendungen auf die Sache macht, nimmt das römiſche Recht nicht an. Der Entwurf dagegen geht von folgender Anſchauung aus: In dem Augenblicke, in welchem der Beſitzer einer fremden Sache eine Verwendung macht, das heißt ein Geſchäft ausführt, deſſen Nutzen dem künftigen Beſitzer der Sache zu Gute kommt, wird der derzeitige Eigenthümer bereichert, denn ſeine Vindikation wird werthvoller. Damit iſt die Kondiktion zwiſchen beſtimmten Perſonen als Gläubiger und Schuldner entſtanden. Allerdings wird dieſelbe als ein aufſchiebend bedingter Anſpruch behandelt. Der Eigenthümer muß die Sache wiedererlangen; er muß Kenntniß von den Anſprüchen erlangen oder die Rechtshängigkeit der Anſprüche muß eintreten und endlich, wenn allen dieſe Anforderungen genügt iſt, muß der Nutzeffekt der Verwendung noch fortdauern. Gegenſtändlich wird der Anſpruch auf das Maß des fortdauernden Nutzeffektes beſchränkt. Im Uebrigen

Digitized by Google

gelten über die Ermittelung des Umfanges der Bereicherung die gewöhnlichen Vorschriften, sodaß also — abweichend von dem römischen Rechte — auch die durch Verkauf der Sache zu realisirende Bereicherung in Betracht kommt und nicht etwa nur eine auch bei dem Behalten der Sache seitens des konkreten Eigenthümers sich ergebende Bevortheilung in Rücksicht zu nehmen ist. Der Unterschied zwischen nothwendigen Verwendungen, deren Nichtvornahme bei Unterstellung einer Diligenzpflicht als Verstoß erscheinen würde, und den nützlichen Aufwendungen, bei welchen diese Voraussetzung nicht zutrifft, welche indessen zu einem vortheilhaften Geschäftseffekte führen, ist aufgegeben.

Gegen die Regelung des Entwurfes erhebt sich das Bedenken, ob nicht die condictio sine causa begriffswidrig erweitert sei. Ist die Sache aus dem Besitz, so erscheint sie als aus dem Vermögen ausgeschieden, ebenso, wie ihr Eintritt in den Besitz als Vermögensvermehrung erscheint. Es ist deshalb gewagt, eine von dem Besitzer gemachte Aufwendung, welche nach dem Besitzstande mit ihren Wirkungen innerhalb des Vermögens des Besitzers bleibt, aus dem Gesichtspunkte einer Verbesserung der Vindikation als Uebergang aus dem einen Vermögen in ein anderes Vermögen anzusehen.

Eine weiterere Sonderbarkeit liegt darin, daß in § 938 die Bedingtheit der durch die Verwendung entstandenen Ansprüche bestimmt wird, nämlich Abhängigkeit von der Wiedererlangung der Sache seitens des Eigenthümers. Die Bedingtheit ist zunächst ein rechtsgeschäftlicher Begriff. Es kommen allerdings auch durch das Gesetz geschaffene ähnliche Zustände vor, aber dieselben sind dann stets anders beschaffen, wie der in § 938 bestimmte Zustand der Bedingtheit. Bei der conditio legalis, welche der conditio conventionalis analog zu behandeln ist, stehet immer eine Rechtsveränderung in Frage, für welche ein Schwebezustand mit unverbringlichen Rechten auf beiden Seiten geordnet ist, wie z. B. bei dem anfechtbaren Erwerbe eines Rechtes. Die bedingte gesetzliche Normirung unterscheidet sich von der gewöhnlichen gesetzlichen Normirung dadurch, daß bei letzterer der gesammte Thatbestand vorliegen muß, damit im Rechte sich etwas ändere, wäh-

Digitized by Google

rend bei der ersteren Normirung nicht der gesammte Thatbestand vorzuliegen braucht, welcher zur definitiven Herbeiführung der Rechtsveränderung erforderlich ist, sondern schon das Vorliegen eines theilweisen Thatbestandes, z. B. bei welchem eine Genehmigung oder die Entscheidung, daß nicht angefochten werden wird, noch fehlt, zu einer sachlichen Gebundenheit oder (aus einem anderen Gesichtspunkte betrachtet) zu einem Schwebezustande führt, welcher ex postfacto in seiner rechtlichen Beschaffenheit deklarirt wird. Ist aber zwischen dem Augenblicke der Verwendung und dem Augenblicke der Wiedererlangung der Sache durch den Eigenthümer ein Zustand der sachlichen Gebundenheit, wie bei bedingten Rechtsverhältnissen, gegeben? Den Konvaleszenzfall und den Anfechtungsfall kann man allenfalls als Beispiele gesetzlicher Bedingtheit anführen, aber diese Fälle sind dem vorliegenden gänzlich unähnlich. Von einem Schwebezustande ist nicht die Rede. Die Verbesserung der Vindikation durch die Verwendung ist im Grunde noch keine Bereicherung. Erst die Herausgabe der verbesserten oder erhaltenen Sache wendet dem Empfänger einen Vortheil zu. Der Entwurf gelangt allerdings durch seine Konstruktion zu einem Forderungsrecht, welches dem Retentionsrechte des Besitzers (§ 938 Abs. 2) als Unterlage dient und könnte es scheinen, daß auf keinem anderen Wege diese nothwendige Unterlage erreichbar sei. Im römischen Rechte ist man indessen ohne ein Forderungsrecht des Besitzers gegen den Eigenthümer auch zu einem Retentionsrechte gekommen und ist für genügend erachtet, daß die Leistung in conditione, wenn auch nicht in obligatione war. Die römische Auffassung erscheint meines Erachtens als die gerechtere. Der verwendende Besitzer ist einem Grundschuldgläubiger zu vergleichen. Nur die Sache, nicht die Person haftet ihm. Für den Eigenthümer ist der Impensenersatz lediglich die Voraussetzung für die Durchführung seines Rechtes, ähnlich wie der Grundschuldschuldner, sobald er die Hand vom Grundstücke läßt, frei bleibt. Erst durch die bewußte Rücknahme der impensenbelasteten Sache entsteht eine persönliche Verpflichtung des Eigenthümers. Nach dem Entwurfe ist folgender Fall denkbar: Das zu einem Rennpferde ausgebildete Pferd kommt durch einen Zufall wieder in den Besitz des Eigen-

Digitized by Google

thümers, ohne daß dieser von der Impensenbelastung Kenntniß hat. Dann erscheint der Besitzer und meldet Impensen an, wobei er nach § 938 Abs. 3 Satz 2 den Umfang seiner Ansprüche nicht zu bezeichnen braucht. Dadurch daß der Eigenthümer von den Ansprüchen Kenntniß erlangt, wird der Zeitpunkt, welcher für die Bereicherung maßgebend ist, fixirt. Es ist nun sehr leicht möglich, daß das gesammte Haben und Ausbilden des Pferdes, welches ohne die angewendeten Impensen längst untergegangen sein würde, kein gutes Geschäft war und daß der gesammte gegenwärtige Werth des Pferdes als beharrender Nutzeffekt der Verwendungen sich herausstellt, wobei der Verkaufswerth des Pferdes und nicht etwa blos der subjektive Werth, welchen das Pferd für den Eigenthümer bei dessen Behalten hat, in Rechnung kommt. Das Ergebniß geht dahin, daß der Eigenthümer ohne freie Willenswahl gezwungen ist, für das Pferd dessen vollen Werth zu ersetzen und also, da er nicht Pferdehandel treibt, ein subjektiv unvortheilhaftes Geschäft zu machen.

Ein solches Ergebniß ist nicht zu halten. Es möchte deshalb ein näherer Anschluß an das römische Recht, welches doch tiefer überlegt ist, gerathen erscheinen. Nur macht allerdings die Uebersetzung der römischen Gerichtsregeln in Rechtsregeln gerade hier große Schwierigkeit.

Zu einer richtigeren Anschauung gelangt man, wenn man in der Verwendung nicht eine Bereicherung des noch hinter den Coulissen stehenden Eigenthumsprätendenten auf Kosten des Verwendenden, sondern ein dem Verwendenden objektiv fremdes negotium sieht, bei welchem allerdings die gewöhnlichen Vorschriften über die actio contraria nicht Anwendung finden können, da es an dem animus negotia gerendi fehlte, bei welchem indessen eine Ratihabitionspflicht beziehungsweise eine Fiktion der Ratihabition bestimmt werden kann. Eine solche Konstruktion paßt nach allen Richtungen besser, als der Gesichtspunkt der Bereicherung. Die Verwendung kann auch darin bestehen, daß zum Zwecke der Bewirthschaftung der fremden Sache andere Sachen angeschafft — pecora praediis imposita, l 14 § 1 D. de imp. 25,1 — oder daß Forderungsrechte erworben werden. Eine Bereicherung kann aus

Digitized by Google

ſolchen in eigenem Namen vorgenommenen Geſchäften nicht angenommen werden, denn das angeſchaffte Vieh iſt Eigenthum des Anſchaffenden und die Gläubigerſchaft der Forderung iſt bei dem Kontrahenten. Aber doch liegt in dem Falle der wirthſchaftlichen Nothwendigkeit eine Verwendung vor, ohne deren Erſatz, ſoweit der Effekt fortdauert, der Vindikant nicht zu ſeiner Sache kommen ſoll. Mit der Reſtitution tritt der Vindikant, was die Verwendung anbelangt, als Geſchäftsherr an die Stelle des bisherigen Beſitzers; eine Uebernahme der noch beharrenden günſtigen Folgen der Verwendung ohne Uebernahme der entſprechenden Geſchäftslaſten erſcheint als ein doloſes Verhalten. Die römiſche exceptio doli überſetzt ſich in eine Begrenzung des Abforderungsrechtes. Hiermit iſt nur eine geminderte Erſatzpflicht, bei welcher die Leiſtung in conditione nicht in obligatione iſt, vereinbar. Der Auffaſſung der Verwendung als objektives negotium alienum entſpricht es, daß nur die nothwendigen und die in concreto nützlichen Verwendungen zu erſetzen ſind. Non utiliter negotia gerit qui rem non necessariam vel quae oneratura est patrem familias aggreditur, l 10 § 1 D. neg. gest. 3,5. In Anſehung der blos nützlichen Verwendungen iſt zu Ungunſten des unredlichen Beſitzers und des Prozeßbeſitzers eine Ausnahme zu machen. Die nothwendigen Verwendungen lagen innerhalb des Pflichtkreiſes dieſer Perſonen; würde indeſſen darüber hinaus eine Erſatzpflicht beſtimmt, ſo würde man jenen Perſonen geſtatten, dem Eigenthümer Leiſtungen aus dem eigenen Vermögen aufzudrängen. Die Gleichbehandlung des redlichen und des unredlichen Beſitzers in der franzöſiſchen Doktrin erſcheint als eine weſentliche Unterſchiede ausgleichende Verflachung.

Wird der Verwendungserſatz nur in conditione geſetzt, ſo droht die Gefahr, daß der Eigenthümer ſich nicht erklärt und die Entſcheidung verzögert. Der Fall, daß der Eigenthümer ſich ſträubt oder unſchlüſſig iſt, ob er die Sache gegen Verwendungserſatz zurücknehmen ſolle oder nicht, wird zwar ſelten ſein, es iſt indeſſen doch möglich, daß die nothwendigen Verwendungen ſich höher ſtellen, als die Sache werth war, daß alſo die Sache dem Untergange mit Koſten, welche den Werth der Sache überſteigen, abgerungen

Digitized by Google

ist. Das Haben und Erhaltenhaben der Sache stellt sich dann überhaupt als ein schlechtes Geschäft mit Unterbilanz dar. Der Eigenthümer müßte alsdann die Sache voll bezahlen. Nun wird zwar dem Eigenthümer die Wahl gegeben, zu lösen oder zu lassen, aber eine unbeschränkte Hinausschiebung der Wahl kann nicht gestattet werden. Die Ausübung der Wahl ist nothwendig zur Regulirung des beiderseitigen Verhältnisses. Dem Besitzer, welcher die Fremdheit der Sache erkannt hat, muß deshalb der Rechtsweg offen gelassen werden, angriffsweise von dem Eigenthümer Ausübung des Wahlrechtes, Uebernahme der Impensenpflicht oder Verzicht auf das Eigenthum zu fordern. Ein jedes weitere Klagrecht, wie die Vorschriften in § 938, Abs. 3 des Entwurfes solches ergeben, thut dem Wahlrechte des Eigenthümers Zwang an.

Noch einige Inkongruenzen des von dem Entwurfe befolgten Systemes sind hervorzuheben. Bei dem hier befürworteten Systeme ist die Geltendmachung der Verwendungsansprüche aus der Person der Vormänner leicht erklärt, denn die Vindikation wird in Folge der Verwendung sachlich beschränkt, und diese Beschränkung, welche zu Gunsten des Besitzers besteht, bleibt auch bestehen, wenn ein Rechtsnachfolger den Besitzer in dem Besitze der Sache ablöset. Die Kehrseite dieser Beschränkung bildet eine dingliche Rechtsposition, welche übertragen wird, soweit eben Eigenthum nicht verschafft werden kann. Bei der Auffassung der Verwendung als Bereicherung kann nur der Verwendende selbst als kondiktionsberechtigter Gläubiger gedacht werden. Die Vorschrift des § 937 über den Ersatz der Verwendungen der Vorbesitzer beruht also auf einer präsumirten oder durch dispositiven Rechtssatz bestimmten Zession. Die Folge würde sein: Die verbesserte Sache wird bei dem Besitzer abgepfändet. Eine Mitabpfändung des Bereicherungsanspruches kann man hier nicht wohl annehmen. Es kann mithin der Intervention des Eigenthümers gegenüber die Verwendung nicht geltend gemacht werden.

Ferner ist Schuldner des Bereicherungsanspruches der derzeitige Eigenthümer. Derselbe bleibt auch Schuldner im Falle eines Eigenthumswechsels. Also kann die Verwendung gegen einen inzwischen eingetretenen Rechtsnachfolger nicht geltend gemacht

Digitized by Google

werden, vgl. Mot. III, S. 416. Man nehme folgenden Fall: Die Parzelle A gehört zu dem Landgute B, ist aber in Folge von Irrungen seit langen Jahren bei dem Landgute C bewirthschaftet, urbar gemacht, drainirt und dreifach werthvoll gemacht. Da wird der Irrthum entdeckt. Der Eigenthümer des Landgutes B ist überschuldet. Er überträgt schnell sein Gut auf seinen Sohn und dieser vindizirt das verbesserte Grundstück, ohne zahlen zu müssen. Es kann dabei nicht behauptet werden, daß eine Beschränkung der Vindikation zu Gunsten des Besitzers, welcher Verwendungen gemacht hat, mit den Prinzipien des Grundbuchrechtes in Widerspruch stehe. Dem Erwerber eines Grundstückes wird allerdings die Ermittelung zugemuthet, ob sein Autor auch Besitzer sei und er daher, ohne eine Impenseneinrede fürchten zu müssen, hoffen könne in den Besitz zu gelangen. Dem geltenden Rechte ist, soviel bekannt, eine Ueberspannung des Grundbuchrechtes, welche die Beschränkung der Vindikation durch die Impenseneinrede ausschlösse, fremd. Im französischen Rechte wird zwar dem Besitzer keine eigentliche Retention gestattet (Aubry et Rau, Cours de droit civ. II § 219, III § 256 b) und im österreichischen Rechte scheint die Sache ähnlich zu liegen (österr. G.-B. §§ 334, 471), aber überall erscheint doch der Vindikant als solcher impensenpflichtig. Eine Seltsamkeit würde auch darin liegen, daß die Impensen zwar gegenüber den Konkursgläubigern, aber nicht gegenüber anderen Rechtsnachfolgern geltend gemacht werden könnten. Ich nehme wenigstens an, daß bezüglich der Impensen auf Immobilien in dieser Beziehung nichts anderes gilt, als bezüglich der Impensen auf Mobilien, vgl. Dernburg, preuß. Pr.-R., Bd. 1, § 363, Note 15. Die sachliche Beschränkung der Vindikation, welche aus dem Grundbuche nicht ersichtlich ist, gereicht den Vindikationsberechtigten nicht zu einem positiven Nachtheile, denn sie bekommen wider Erwarten ein verbessertes Grundstück.

Folgende Formulirung der Vorschriften über den Impensenersatz läßt sich aufstellen:

§ a.

„Der Besitzer ist zur Herausgabe der Sache nur gegen Ersatz der von ihm oder seinem Rechtsurheber gemachten Verwendungen

Digitized by Google

verpflichtet, wenn die Verwendungen nothwendig waren oder dem nach den persönlichen Verhältnissen des Eigenthümers zu beurtheilenden Interesse des letzteren entsprechen, auch der Werth der Sache durch die Verwendungen erhöht ist und die Wertherhöhung zur Zeit der Herausgabe noch fortdauert.

In den Fällen der §§ 931, 933 sind nur die nothwendigen Verwendungen zu ersetzen."

§ b.

„Der Besitzer kann unter Anbieten der Sache verlangen, daß der Eigenthümer die Sache entweder unter Erstattung der nach § a demselben zur Last fallenden Verwendungen zurücknehme oder auf sein Eigenthum verzichte."

Der weitere Fall, daß die Sache ohne Geltendmachung eines Impensenanspruches in die Hände des Eigenthümers zurückgelangt, wird in den Gesetzgebungen nicht besonders berücksichtigt, während dieser Fall in die Regelung des Entwurfes einbezogen ist und der Eigenthümer in diesem Falle ebenso haften soll, wie in dem Falle der Restitution, eine Art der Haftung, deren Unbilligkeit bereits früher hervorgehoben ist. Auch wenn nichts bestimmt wird, werden diese Fälle nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung zu erledigen sein. Der ohne Rechtsgrund stattgehabte Wechsel im Besitze hat die vortheilhafte Rechtsstellung des einen Theiles aufgehoben und ebenso die entsprechende Beschränkung auf der anderen Seite. Im römischen Rechte würde man hier an eine condictio possessionis zu denken haben, während, wie früher bereits erwähnt, im heutigen Rechte der Besitz richtiger nicht als Gegenstand der Kondiktion angesehen wird. Die Bereicherung besteht in der Verbesserung der Vermögensverhältnisse des Eigenthümers, welcher der Lösungspflicht enthoben wird. Die Kondiktion führt zu einer Ausgleichung dieses ohne Rechtsgrund durch den Besitzwechsel zugewendeten Vortheiles.

Wenn die trennbare Verbindung, wie früher befürwortet, keine Veränderung im Eigenthume hervorbringt, so braucht das jus tollendi nicht erwähnt zu werden; denn dieses Recht gilt, soweit es reicht, in erster Linie. Nur ist zu beachten, daß die Trennung

Digitized by Google

ein Verfügungsakt über das Inhabungsganze, die ganze Sache, ist, welche also der Prozeßbesitzer in Folge der ihm als Sequester obliegenden Verpflichtung nur mit Zustimmung des Vindikanten vornehmen darf. Wird die Zustimmung verweigert, so ist dieselbe durch eine Gegenvindikation, bezw. Klage auf Trennungsgestattung zu erzwingen. Der Entwurf enthält ein ganz eigenartiges jus tollendi in § 936, Abs. 3. An einer verbundenen Sache ist nach den Vorschriften über Verbindung Eigenthum auf den Vindikanten übergegangen, weil die verbundene Sache „wesentlicher" Bestandtheil geworden ist. Erhält solchenfalls der Besitzer nicht den Werth des Bestandtheiles nach der Trennung, so soll er „berechtigt sein, diese andere Sache wegzunehmen". Damit ist doch wohl eine Resolution des bereits eingetretenen Eigenthumswechsels gemeint. Der Eintritt solcher Komplikationen spricht gegen das System der „wesentlichen Bestandtheile", welchem der Entwurf folgt.

Die Kompensation der Nutzungen mit den Impensen (§ 936, Abs. 2) harmonirt nicht mit der hier vertretenen Rechtsstellung des redlichen Besitzers. Außerdem ist die Inkongruenz hervorzuheben, daß nur die Nutzungen kompensirt werden sollen, deren Kondizirbarkeit durch § 930 ausgeschlossen ist. Bei den Früchten war für einen Ausschluß der Kondizirbarkeit kein Raum, da dieselben nach § 900 Eigenthum des Besitzers werden, ein Eigenthumserwerb, welcher nach § 748, Abs. 2 als auf einem rechtlichen Grunde beruhend anzusehen ist. Also wird der Werth der Früchte und folgeweise auch Pachtgeld nicht kompensirt, dagegen kommt in Abrechnung der Gebrauchsvortheil und das Miethgeld, eine dem bisherigen Rechte ebenso unbekannte als schwierig durchzuführende Unterscheidung.

§ 13. Die Grundbucheinheit.

Wenn man in § 787, Abs. 1 liest: „Jedes Grundstück, welches in dem Flurbuche eine besondere Nummer führt, ist als einheitliches Grundstück anzusehen", so ist man geneigt insbesondere mit Rücksicht auf die Stellung, im Sachenrechte und nicht in der Grundbuchordnung, jener Vorschrift irgend eine materielle Bedeutung beizulegen. Die Unterabgrenzungen sollen Bestandtheile,

Digitized by Google

wenn auch nicht „wesentliche" Bestandtheile des Grundstückes sein. Es ist schon darauf hingewiesen, daß die Bezeichnung eines Bestandtheiles als eines „wesentlichen" in der Terminologie des Entwurfes Bedenken erregt, da diese Bezeichnung nur auf einer rechtlichen Betrachtung beruht und ohne normirende Bedeutung ist, außerdem aber positive Normen, welche an die Thatsache der Verbindung trotz der Trennbarkeit der verbundenen Sache die Rechtsfolge des Eigenthumsverlustes knüpfen, eine Art von expropriatio juris civilis enthalten und beseitigt zu werden verdienen. Die Bezeichnung einer Unterabgrenzung einer Sache als eines gewöhnlichen Bestandtheiles kann sehr verschiedene Bedeutungen haben und hat deshalb gar keine bestimmte Bedeutung. Sie will immer nur sagen, daß in einer bestimmten Richtung von dem Bestandtheile dasselbe zu gelten hat, wie vom Ganzen, die Richtung kann aber eine sehr verschiedene sein. Sagt man, der foetus sei pars mulieris sive viscerum, so kann man damit ausdrücken wollen, die procuratio abortus sei nicht als Delikt zu behandeln, da die Frau so gut über den einen als den anderen Theil von sich die freie Verfügung haben müsse. Für gewöhnlich wird durch die Bezeichnung als Bestandtheil ausgedrückt, daß derselbe an dem Rechtsschicksale des Ganzen theilnimmt, aber nur im Hinblick auf einen gegenwärtigen Rechtsbestand, nicht auf eine Rechtsnothwendigkeit.

Das Grundbuchrecht bringt die Nothwendigkeit einer möglichst genauen Bezeichnung des Grundstückes mit sich. Man hat wohl mit Recht nicht gewagt, große Anforderungen in dieser Richtung zu stellen. Nur ein Flurbuch, das heißt ein Buch, welches alle Grundstücke eines Grundbuchbezirkes nach Nummern aufführt, wird vorausgesetzt. Die weitere Individualisirung kann mit verschiedenen Mitteln erreicht werden. Hinweisung auf die Nachbarn, also den Besitzstand, ist das roheste Mittel. Der Fortschritt der Civilisation kommt zur Vermessung und Kartirung.

Jeder kann seinen Grundbesitz beliebig zuschneiden, zusammenlegen oder Unterabgrenzungen bilden, opinio nostra et constitutio locum a fundo discernit, vorbehaltlich der landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Zerstückelung unter ein Minimalmaß verbieten oder welche den Zweck haben, größere geschlossene Besitzungen

Digitized by Google

zu erhalten. Eine formelle Beschränkung bringt die Grundbuchordnung dahin, daß Unterabgrenzungen, auf welche man eine rechtsgeschäftliche Verfügung dinglicher Art beschränken will, zunächst besonders gebucht werden müssen (§ 26). Nicht recht im Einklange hiermit steht, daß nach § 13 das. verschieden belastete Grundstücke zusammengeschrieben werden können. Denn alsdann könnte man die durch § 26 verbotene Belastung eines Bestandtheiles doch erreichen, indem man denselben besonders buchen und nach geschehener Belastung wieder zuschreiben läßt. Sollte, wie die Motive annehmen, in letzterer Richtung nicht der Privatverfügung volle Freiheit gegeben, sondern ein behördliches Plazet gewahrt sein, so müßte dieses doch wohl im Gesetze zum Ausdruck kommen.

Die Bezeichnung des Grundstückes geschieht in dem Grundbuche nach den Quellen des Feststellungsmateriales, den Flurbüchern und den Karten oder welche Bezeichnung dieses Material sonst tragen mag. Einen Zweifel kann man darüber hegen, ob unter dem „Inhalte" des Grundbuches, dessen Richtigkeit zu Gunsten des Erwerbers in § 837 garantirt wird, auch die Bezeichnung des Grundstückes gehöre. Die Motive zur Grundbuchordnung § 7 geben S. 35 die richtige Lösung, daß das Grundbuch nur dasjenige Grundstück als Gegenstand der gebuchten Rechte garantirt, welches man mit Zuhülfenahme des Flurbuches und der Vermessungen ermittelt, daß also die Angaben über Lage und Größe nicht unter Garantie stehen, sondern von der Richtigkeit der benutzten Quellen abhängen. Die Motive zu § 837 treten der vorliegenden Frage nicht näher. Die Ausdrucksweise des Gesetzes bestätigt nicht mit voller Sicherheit die Auslegung der Motive der Grundbuchordnung und läßt eher vermuthen, daß man der Meinung war, nicht nur das Recht des Autor, sondern auch sonstige Angaben, insbesondere über den Gegenstand dieses Rechtes, dessen Größe und Grenzen, würden garantirt. Außer den Angaben des Grundbuches über die Größe kommen dessen Angaben über Bebauung und Eigenschaft der Grundstücke als Acker, Wiese, Forst ꝛc. in Betracht. Daß hier eine Garantie des Grundbuchinhaltes ausgeschlossen ist, erscheint selbstverständlich, da diese Angaben rein thatsächlicher Natur sind.

Digitized by Google

Für die rechtsgeschäftliche Verfügung ist die Nothwendigkeit der grundbuchmäßigen Bezeichnung lediglich eine formelle Beschränkung. Doch muß man hier die Rechte unterscheiden, bei welchen das Grundstück als Werthobjekt in Betracht kommt, und diejenigen, welche nur beschränkte Gebrauchsbefugnisse geben, deren Uebungsfeld sich nicht bis zu den Grenzen ausdehnt, sondern je nach dem Inhalte des Rechtes auf größere oder kleinere Enklaven sich beschränkt. Hier übersieht der Entwurf die lediglich formelle Eigenschaft der Grundbucheinheit und beruht auf dem falschen Grundgedanken, daß die beschränkten Gebrauchsrechte mit Nothwendigkeit das ganze Grundstück ergreifen. Dem römischen Rechte gegenüber liegt hierin eine neue Auffassung. L. 13 § 5 de S. P. R. 8, 3: „. . . et qua primum iter determinatum est, ea servitus consistit; ceterae partes agri liberae sunt.“ Pardessus, traité des servitudes Nr. 61: „Lors même que la nature de la servitude ne s'oppose pas, à ce quelle s'exerce sur un point determiné du fonds assujetti, une fois que l'assignation est faite les autres portions de ce fonds sont libres.“ Vgl. auch preuß. A.-L.-R. I 22 § 29, sächs. G.-B. 539. Die Gebrauchsrechte haben ihre besondere Lokalisirung, welche dauert, wie auch die vergänglicheren Eigenthumsgrenzen sich wandeln mögen. Daß ein beschränktes Gebrauchsrecht einen Gebrauch an allen Theilen des Grundstückes gestattet, wird selten vorkommen, jedenfalls reicht das Gebrauchsrecht nur soweit als das Begründungsgeschäft ergiebt, das Begründungsgeschäft hat also nicht das Grundstück als Ganzes zum Gegenstande, sondern der Eigenthümer kann natürlich nur innerhalb seines Bereiches Gebrauchsrechte verleihen. Die lokale Projizirung der Gebrauchsrechte kann man nun allerdings nicht aus dem Grundbuche, sondern nur aus dem Statut, welches überreicht und bei der Eintragung in Bezug genommen ist, ersehen. Der Entwurf redet von der Eintragungsbewilligung als der die näheren Bestimmungen über den Rechtsinhalt enthaltenden Schrift. Wenn man das Eigenthumsnetz und das Netz der beschränkten Dienstbarkeiten mit verschiedenen Farben auf der Karte sich gezeichnet denkt, so fallen die Netze keinenfalls zusammen, und das Eigenthumsnetz geht seine eigenen Wandlungen. Daß

Digitized by Google

die Grunddienstbarkeit an allen Theilen des Grundstückes (scilicet welche der Gebrauch ergreift) fortbesteht, wenn das Grundstück in Natur getheilt wird, braucht man nicht zu sagen. Erstlich ist hier eine Deklaration in dem Gewande einer Rechtsnorm gegeben und zweitens geht die Deklaration von der falschen Auffassung aus, als wenn im Zweifel das Recht das ganze Grundstück ergriffe, während umgekehrt das Gebrauchsrecht nur soweit reicht, als konkret festgesetzt ist. Im zweiten Satze des § 975 ist von einer Aufhebung der Grunddienstbarkeit an den von derselben nicht berührten Flächen die Rede. Damit wird der Bestand bis zu diesem Zeitpunkte behauptet und die obwaltende unrichtige Auffassung in ein klares Licht gesetzt. Diese nicht unbedenklichen Vorschriften stehen im Zusammenhange mit anderen nicht unbedenklichen und neuernden Vorschriften der Zwangsvollstreckungsordnung (§ 140). Wird das Grundstück wegen vorgehender Rechte verkauft, so bleiben an dem Erlöse als Surrogat solche Rechte möglich, welche das Grundstück als Werthobjekt ergreifen, also Pfandrecht und Nießbrauch. Die alten Reallasten, welche aus dem gutsherrlichen Verbande stammen, kommen nicht in Betracht, da sie ihrer Entstehung nach die erste Stelle haben. Nachlozirte Reallasten werden überhaupt sehr selten sein. Der Entwurf hat nun freilich, statt sich auf ablösbare Geldrenten zu beschränken und vielleicht den Landesgesetzen Erweiterungen zu gestatten, wie die Vorlage wollte, den umgekehrten Weg eingeschlagen und den Landesgesetzen die Beschränkung überlassen. Ein solches Verfahren unterliegt dem Bedenken, daß man doch von Rechtswegen nicht über das Bedürfniß hinaus, sondern nur das geben sollte, was überall von Nöthen ist, und daß die Befriedigung von Sonderbedürfnissen den Einzelstaaten vorbehalten werden sollte. Auf dem von dem Entwurfe eingeschlagenen Wege kommt man zu Reallasten, welche an dem Verkaufserlöse ausübbar sind — Reallasten mit zu berechnendem Ablösungskapital — und solchen, bei welchen ein solches Verfahren mindestens Schwierigkeiten macht. Hier könnte man, obwohl man für postlozirte Reallasten mit Naturalleistungen kein besonderes Mitleiden zu haben braucht, durch eine Umwandlung in Geld und kraft Gesetzes eintretende Ablösbarkeit sorgen. Am besten ginge die Reallast freilich

Digitized by Google

in der Hypothek mit beschränktem Kündigungsrechte auf, denn sie theilt im Wesentlichen deren Natur und wo sie abweicht, schafft sie Unzuträglichkeiten und Anomalien. Die persönliche Haftung des Eigenthümers führt zu der einzigen Ausnahme von der Regel neminem res sua onerat. Mit der Uebertragung des Rechtes des Reallastberechtigten auf den Erlös ginge es nun noch allenfalls mit Rücksicht auf die Hypothekennatur des Rechtes. Ganz anders liegt die Sache mit den beschränkten Gebrauchsrechten. Hier liegt der Hauptfehler des Entwurfes darin, daß er das verpfändete Grundstück als Gegenstand des Gebrauchsrechtes ansieht, während doch nur die von dem Gebrauch getroffene Fläche in Frage kommt. Wird ein solches Recht, Erbbaurecht, Grunddienstbarkeit, beschränkte persönliche Dienstbarkeit, auf ein verpfändetes Grundstück gelegt, so ist es ebenso, wie wenn es von einem resolutiv Berechtigten bestellt, also auf einem unsicheren Grunde erbauet wäre. Man kann deshalb bei der Umwandlung des Grundstückes in Geld jene Rechte ohne Besorgniß erlöschen lassen. In § 975 wird übrigens jene Art der Pfandhaftung des in Natur zu theilenden Grundstückes nicht respektirt, indem die lastenfreie Abschreibung der von dem Rechte nicht berührten Parzellen gestattet wird. Wollte man wirklich in ein jedes Gebrauchsrecht eine Kautionshypothek hineinstecken, so müßte man das dann offen und ehrlich da thun, wo der Inhalt dieser Rechte bestimmt wird und nicht gelegentlich der Regelung der Zwangsvollstreckung.

Weiter scheint der Entwurf noch in folgender Richtung der Grundbucheinheit materielle Bedeutung beizulegen. Sobald ein Grundstück zugeschrieben und damit in die Vereinheitlichung aufgenommen wird, soll die Pfandhaftung auf das Zugeschriebene sich erstrecken. Diesen Sinn wenigstens soll die Vorschrift in § 1067 Nr. 1 haben, daß das Grundstück in seinem jeweiligen Bestande haftet. Durch eine solche Vorschrift werden die Grenzen zwischen Rechtsgeschäft und Verfahrensakt verschoben. Der auf Antrag erfolgende Zuschrieb ist lediglich ein Akt der letzteren Art und würde an sich keinerlei Rechtsänderung zur Folge haben. Der Eigenthümer könnte immer wieder abschreiben lassen. Jetzt aber soll das Zugeschriebene allen Hypothekenberechtigten und damit

Digitized by Google

auch den Reallastberechtigten verfangen sein. Die Disposition des Eigenthümers, welcher zuschreiben läßt, gewinnt damit einen rechtsgeschäftlichen Charakter und würde den Vorschriften über Zwang, Betrug und Irrthum unterstellt sein. Eine solche Vermengung von Rechtsgeschäft und Buchoperation führt leicht zu Verwirrungen. Man kann aus formellen Gründen eine Verschiedenheit der Belastung zu hindern suchen und vorschreiben, daß verschieden belastete Grundstücke nicht vereinigt werden können, vgl. § 13 G.-O. Dann wird die Mitverpfändung die Voraussetzung für den Zuschrieb und Grundbuchoperation und Rechtsgeschäft werden deutlich von einander getrennt.

In einer dritten Richtung scheint die Grundbucheinheit von materiellrechtlicher Bedeutung zu sein bei den mit dem Eigenthum verbundenen Rechten. Eine solche Verbindung kann verschiedener Art sein. Erstlich können nach § 781 Abs. 2 selbständige Berechtigungen einem Grundstücke zugeschrieben werden, bleiben aber dann wie jeder andere zugeschriebene Bestandtheil frei abtrennbar. Zweitens kommen die subjektiv-dinglichen Rechte in Betracht. Die Grunddienstbarkeiten sind ihrem Zwecke nach, außerhalb dessen sie nicht bestehen können, Erweiterungen des Eigenthumes des herrschenden Grundstückes. Dabei braucht indessen das nach dem Zwecke der Dienstbarkeit sich ergebende herrschende Grundstück nicht mit der Grundbucheinheit zusammenzufallen. Der Entwurf scheint freilich solches anzunehmen und redet deshalb in § 976 von einer *Aufhebung* der Grunddienstbarkeit im Falle der Grundstückstheilung bezüglich der abgetrennten Parzellen, welche an der Grunddienstbarkeit nicht interessirt sind. Es ist also — wohl mit Unrecht — der Grundbucheinheit, auch was die Bestimmung des herrschenden Grundstückes anbelangt, materielle Bedeutung beigelegt. Bei Reallasten kann das Recht für den jeweiligen Eigenthümer eines anderen Grundstückes bestellt werden, doch wird die Reallast nicht der grunddienstbarkeitlichen Zweckbegrenzung unterstellt. Diese Verbindung soll nicht frei lösbar sein, wie bei den selbständigen Berechtigungen; was die reine Willkür, vielleicht sehr unzweckmäßiger Weise geschaffen hat, soll doch nicht rückgängig gemacht werden können, § 1057. Bei dem überlieferten Bestande von Reallasten war ein

Digitized by Google

Pertinenzverband Folge der rechtlichen Entstehung. Die Reallasten waren die Surrogate ausgeliehener Pertinenzen. Bei dieser Verknüpfung besteht indessen nach Landesrecht das Milderungsmittel, daß die Reallast mit regimineller Genehmigung aus dem Verbande gelöset werden kann. Bei den subjektiv-dinglichen Reallasten des Entwurfes fehlt dieses Milderungsmittel. In dem Verhältniß zu dem Verpflichteten ist kein Hinderniß der Abschreibung der Reallast zu finden; daß für den Schuldner irgend welcher Vortheil aus der Bestimmung des Gläubigers durch das Eigenthum eines Grundstückes sich ergebe, ist nicht ersichtlich, eine solche Veränderung müßte ihm also, wie eine jede Zession aufgedrängt werden können. Dabei ist der Gedanke von der Eigenschaft der Reallast als eines nicht abtrennbaren wesentlichen Bestandtheiles ein neuer und dieser neuernde Schritt in einer den modernen — allerdings nicht modernsten — agrarischen Tendenzen, welche Pertinenzverbände ablehnen, entgegengesetzten Richtung gemacht. Eine Unterscheidung zwischen grunddienstbarkeitähnlichen Reallasten und nicht grunddienstbarkeitähnlichen Reallasten, je nachdem die Reallast bestimmt ist, für die Benutzung des Grundstückes, mit dessen Eigenthume sie verbunden ist, Vortheil oder Annehmlichkeit zu gewähren — § 1058 —, ist sehr bedenklich. Nur in dem nicht mehr vorkommenden Falle der konkret bezeichneten Dienste als Leistungsgegenstand, kann die Reallast in Ansehung des Zweckes mit der Grunddienstbarkeit Aehnlichkeit gewinnen. Jedenfalls liegt bei der Reallast im Zweck nur das Motiv der Erwerbung nicht eine Grenze des Inhaltes und besteht deshalb die Zweck-Reallast nach Fortfall des Zweckes fort, während die Grunddienstbarkeit erlischt. Dann lassen sich aber auch nicht zwei Klassen von Reallasten, Zweck-Reallasten und Nicht-Zweck-Reallasten so unterscheiden, daß das Unterscheidungsmerkmal im Inhalte der Last gesucht werden soll. Hier würde stets eine verschiedene Auslegung möglich bleiben. Soll vielleicht das Grundbuchamt entscheiden, ob die Reallast dazu bestimmt ist für die Benutzung des Grundstückes, mit dessen Eigenthum sie verbunden ist, Vortheil oder Annehmlichkeit zu gewähren und deshalb bei einer Theilung nur mit denjenigen Theilen verbunden bleibt, für deren Benutzung sie Vortheil oder Annehm-

Digitized by Google

lichkeit zu gewähren bestimmt ist? (§ 1058 Abs. 2.) Soll ferner die Reallast erlöschen, wenn der Zweck durch Veränderungen des berechtigten Grundstückes unerreichbar wird? Gegen den vom Entwurfe beliebten Pertinenzverband spricht ferner, daß ein Verband der Reallast mit dem Grundstücke keinen Sinn hat, wenn nicht das ganze Grundstück im Pertinenzverbande steht. Andernfalls kommt nur die formelle Chikane heraus, daß der Eigenthümer eine Minimalparzelle des Grundstückes als Trägerin der Reallast sich reserviren muß, wenn er beide Gegenstände getrennt veräußern will. Man mag deshalb vielleicht zugeben, daß eine Reallastberechtigung frei löslich als subjektiv-dingliches Recht zugeschrieben werden kann, indem ein solcher Zuschrieb zugleich bei dem belasteten Grundstücke vermerkt wird. Geht man weiter, so kommt man aus einer Verlegenheit in die andere.

§ 14. Die bedingte Tradition.

In eine Willenserklärung können unbekannte Größen aufgenommen sein in der Absicht, daß die Erklärung nach dem Bekanntwerden des Unbekannten ergänzt werden und entsprechend wirken, aber schon von Anfang an Geltung haben soll. Das unbekannte x kann sich auf das Ob? Was? Wann? Wo? u. s. w. der durch das Rechtsgeschäft herbeizuführenden Rechtsfolgen beziehen. Bezieht sich das x auf das Ob?, so heißt es Bedingung, bezieht es sich auf das Wann?, so fällt es unter den Begriff der Befristung.

Die erste gesetzgeberische Frage ist, ob das Reden mit Einschaltung einer unbekannten Größe, auch wenn das Gesetz schwiege, als genügend zur Abgabe einer gültigen rechtsgeschäftlichen Erklärung anzusehen sei. Diese Frage muß nach dem Entwurfe und nach den Motiven als für die Regel bejahet angesehen werden, wenn auch die Motive diese Frage nicht besonders behandeln. Der Entwurf sagt nicht, daß eine Bedingung beigefügt werden könne, sondern behandelt nur den Fall, daß eine Bedingung beigefügt ist. Ferner wird von der großen Zahl von Fällen, in welchen die Ungewißheit nicht in dem Ob? und Wann? des Eintrittes der rechtlichen Wirkungen, sondern in dem Gegenstande (z. B. Versprechen

Digitized by Google

einer Lieferung, bei welcher die Quantität oder der Preis nach dem Stande des Marktpreises sich richten soll) liegt, überall nicht geredet. Jedenfalls ist ein solches Rechnen mit unbekannten Größen im rechtsgeschäftlichen Verkehre zulässig auch wenn das Gesetz darüber schweigt; seinem Wesen nach ist dasselbe der Setzung von Bedingungen nahe verwandt. Hieraus ergiebt sich dann aber das wichtige Resultat, daß alle Vorschriften des Abschnittes des Allgemeinen Theiles über Bedingungen lediglich Auslegungsregeln sind und daß deshalb die Streichung zu einer wirklichen Lücke im Rechte nicht führen würde. Die Wahl der Erklärungsmittel und Erklärungsweise ist nicht beschränkt auch nicht in der Art, daß die Erklärung nicht über sich selbst hinaus auf das Gebiet des realen Geschehens verweisen könnte, damit eine offen gelassene Frage, je nachdem ein bezeichnetes Ereigniß eintritt oder nicht eintritt, ihre Bejahung oder Verneinung empfange. Der rechtsgeschäftliche Verkehr hat von jeher der bedingten Redeweise zu den mannigfachsten Zwecken sich bedient. Dann ist die Rechtswissenschaft hinzugetreten und hat in der bedingten Redeweise eine Menge von Räthseln entdeckt, deren Lösung sie für ihre Schuldigkeit hielt und von denen viele ohne die Rechtswissenschaft unbekannt geblieben sein würden.

Das Haupträthsel besteht darin, daß in der bedingten Erklärung ein Ja und ein Nein mit einander vereinigt sind und mit einander streiten. Ein bedingt Versprechender würde folgende Auskunft über seinen Willenszustand geben: Nach dem, was ich jetzt weiß, will ich nicht versprechen. Dagegen will ich versprechen, wenn meine subjektive Ungewißheit, ob ich im nächsten Jahre sterben werde, im verneinenden Sinne sich entscheidet. Wenn nun die bestehende subjektive Ungewißheit nicht dahin wirkt, daß die Abgabe der Erklärung aufgeschoben wird, sondern wenn die Erklärung als eine von jetzt ab gelten sollende abgegeben wird, so kann das nur heißen, daß das unbekannte x in der Erklärung ex postfacto ergänzt und die Erklärung eine solche Wirkung haben soll, als wenn sie von Anfang an in dem entsprechenden Wortlaute abgegeben worden wäre. Die Willensentscheidung ist also dem dieselbe motivirenden Wissen vorausgeeilt. Einfordern kann freilich der Gläubiger erst von dem Augenblicke an, in welchem er auf die

Digitized by Google

purifizirte Erklärung sich zu stützen vermag. Auch wenn die Erklärung resolutiv gelautet hätte: ich will, aber wenn x eintritt, dann will ich nicht, würde der Gläubiger nicht vor der ihm günstigen Entscheidung Erfüllung verlangen können. Daneben kann der Zweifel entstehen, ob nicht die Leistung einer Vergütung für den mit der Ungewißheit verbundenen Aufschub zugesagt werden sollte.

Schwierigkeiten treten ein, wenn der Zustand der Ungewißheit, welcher durch die Beifügung der Bedingung herbeigeführt wird, einer Regelung bedarf. Einer solchen Regelung bedarf es nicht bei der Uebernahme von Verbindlichkeiten. Erst die purifizirte Erklärung giebt das realisirbare Forderungsrecht. Ist das Versprechen dahin auszulegen, daß sofort die Obligation ohne Abhängigkeit von der Entscheidung entstehen, der Eintritt der Resolutivbedingung aber eine Rückforderung begründen solle, so ist dem Versprechen keine Bedingung sondern eine Uebereinkunft wegen Rückgewähr beigefügt. Uebrigens können mannigfache Gestaltungen bei dem bedingten Versprechen eintreten. Ist die Forderung eine verzinsliche, so können die Zinsen für die Zwischenzeit pure versprochen sein, mit obligatorischer Rückausgleichung oder ohne solche; ferner können die Zinsen gleichfalls bedingt versprochen sein mit Nachzahlung oder ohne Nachzahlung. Ebensowenig Schwierigkeiten machen die Uebertragungs- oder Erfüllungsgeschäfte, welche nicht sachenrechtlicher Natur sind. Zunächst die bedingten Zessionen. Auch bei resolutiver Formulirung kann der Schuldner nicht vor der Entscheidung von dem Gläubiger angegangen werden; der § 129 sagt zwar die rechtliche Wirkung werde sofort erzeugt; hierauf darf aber Niemand sich verlassen, denn mit Eintritt der Bedingung soll ja der frühere Zustand wiederhergestellt werden. Der benachrichtigte Schuldner kann also nicht mit Sicherheit zahlen und zwar weder dem Einen noch dem Anderen, sondern nur beiden. Eine Konsenspflicht bei wirthschaftlicher Nothwendigkeit der Beitreibung wird man aus der Analogie des § 1217 — Verhältniß bei verpfändeter Forderung — entnehmen können. Die Vorschriften über Bedingung und über Zession geben keine Auskunft. Für eine fahrlässige Behandlung der Forderung seitens

Digitized by Google

des Einen oder Anderen (§ 134) ist kein Raum, da beide in ihrem rechtlichen Können beschränkt sind, dagegen ein Jeder den Anderen zu der Mitwirkung bei nothwendigen Maßregeln anhalten kann. Sollen Zessionar oder Zedent die fällige Forderung einziehen können und soll nur die Ausgleichung vom Bedingungsentscheid abhängig sein, so liegt keine bedingte Zession, sondern eine Zession mit obligatorischer Nebenberedung vor. Auch bei den Immaterialrechten macht der Schwebezustand keine Schwierigkeiten; die Sache liegt hier ähnlich, wie bei der Forderungszession. Während der Schwebezeit können die Betheiligten nur gemeinschaftlich gegen dritte Verletzer vorgehen, da letztere durch die Leistung der Entschädigung an den einen Theil nicht mit Sicherheit Liberation erlangen würden.

Eigenthümlich ist der Schwebezustand bei den Uebertragungsgeschäften (im weitesten Sinne genommen, so daß auch Belastungen und Entlastungen darunter begriffen sind), welche auf dingliche Rechte sich beziehen. Der dingliche Rechtszustand regelt das Verhältniß der Person zur Sache und ergiebt, wer von Augenblick zu Augenblick thatsächlich über die Sache zu verfügen berechtigt ist. Die Befugniß zur thatsächlichen Verfügung muß in jedem Momente bestimmt sein. Bezüglich des thatsächlichen Verhältnisses giebt es keine Rückbeziehung, denn das Geschehene kann nicht nach rückwärts geändert werden. Dagegen liegt kein Widerspruch darin, wenn die Vergangenheit unter dem Lichte rechtlich beurtheilt wird, als wenn der durch die Bedingung aufgeklärte Rechtszustand von Anfang an bestanden hätte. Die Folgen dieser in die Vergangenheit zurückgreifenden Beurtheilung können immer nur obligatorischer Natur sein, da man Besitz und Inhabung nicht rückwärts umgestalten kann. Doch bleibt dabei eines zu beachten. Wenn es auf ein Wissen oder Nichtwissen bezüglich des dinglichen Rechtsbestandes ankommt, z. B. bei dem bona fide-Erwerbe, steht die Kenntniß des Schwebezustandes, bei dessen ungünstigem Ausgange der Besitzer oder der Eingetragene die Sache dem Rückfallsberechtigten herausgeben müssen, wenn die ungünstige Entscheidung eintritt, von dem Augenblicke des Eintrittes an ohne Rücksicht auf die Wissenschaft des resolutiv Berechtigten, der mala fides gleich, denn

Digitized by Google

im Schwebezustande findet, wenn auch inzwischen Besitz und Inhabung geordnet sind, eine wirkliche Rechtsungewißheit statt. Die Kenntniß einer Rechtsungewißheit steht aber, wenn dieselbe sich zu Ungunsten entscheidet, der Kenntniß des Rechtsmangels gleich. Wer eine bewegliche Sache erwirbt, ist, wenn er das Rückfallsrecht eines Dritten kennt, bei ungünstigem Ausfalle der Entscheidung als malae fidei possessor zu behandeln. Ist auch im Grundbuche der Eintritt der Resolutivbedingung noch nicht eingetragen, so darf sich Niemand darauf verlassen, daß sie noch nicht eingetreten sei. Läßt der eingetragene Eigenthümer auf und nimmt der Erwerber in Besitz, so wird er als malae fidei possessor behandelt, wenn die Resolutivbedingung, wenn auch ohne sein Wissen, schon eingetreten war. Der Entwurf beruht auf dem Grundgedanken, daß es bei den bedingten Verhältnissen keine Ungewißheit gebe. Er übersieht, daß nur die thatsächliche Seite der Ausübung der Rechte für jeden Augenblick geordnet sein muß. Die Existenz des Rechtes anbetreffend, so kann man die Vergangenheit unter dem Lichte, als wenn das Recht bestanden habe oder als wenn dasselbe nicht bestanden habe beurtheilen, denn das Recht ist nichts objektiv Bestehendes, welches nicht zugleich sein und nicht sein kann, sondern es ist rein subjektiver Natur und ergiebt die Regeln für die Beurtheilung der Lebensverhältnisse. Ausdruck im Gesetze hat die Anschauung des Entwurfes bei einem gesetzlich bedingten Verhältnisse, der Anfechtbarkeit, gefunden. Hier geht der Entwurf davon aus, daß die Kenntniß der Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäftes der Kenntniß der mit der Anfechtung eintretenden rechtlichen Wirkungen, wenn die Anfechtung erfolgt, nicht gleichstehen würde, daß deshalb das offenbar praktisch nothwendige Gegentheil besonders bestimmt werden müsse, vgl. z. B. § 837 a. E. Daß die Kenntniß einer wirklichen Rechtsungewißheit der mala fides gleichstehe, würde man nicht bezweifelt haben; man stützte sich aber darauf, daß bevor die Anfechtung einer Eigenthumsübertragung erfolgt, der Erwerber gewiß und wahrhaftig Eigenthümer sei und jeder an sein Eigenthum glauben könne. Die Unrichtigkeit dieser Anschauung wird dadurch klar gelegt, daß man alsdann viel weiter gehen und eine allgemeine Bestimmung hätte geben müssen, da eine

Digitized by Google

Menge analoger Fälle bei rechtsgeschäftlichen Bedingungen vorkommen.

Die nächste gesetzgeberische Frage ist, ob es einer besonderen gesetzlichen Zulassung bedarf, daß sachenrechtliche Rechtsgeschäfte unter einer Bedingung abgeschlossen werden können. Bei der bedingten Eigenthumsübertragung wird ein Rechtszustand geschaffen, bei welchem es einstweilen ungewiß ist, ob dem Veräußerer oder dem Erwerber die Sache gehört. Die rechtliche Verfügung ist vergemeinsamt, die thatsächliche Verfügung der Hand des einen oder des anderen Theiles, wenn nicht der Hand eines Sequesters, anvertraut. Die Entscheidung ergiebt den Eigenthümer, für welchen die Zwischenverwaltung als geführt erscheint, wenn auch vielleicht der Zwischenverwalter auf die Zeit seiner Verwaltung nutzungsberechtigt sein soll und also eine obligatorische Ausgleichung nicht beabsichtigt war. Hartmann in der Rezension der Scheurl'schen Schrift über Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 13, S. 513 ff., vgl. auch Windscheid, Pand., § 91, Note 1, ist der Meinung, daß die Möglichkeit der Schaffung eines solchen Pendenzverhältnisses durch den Parteiwillen sich nicht von selbst verstehe und also ebenso wie die Möglichkeit der Begründung von begrenzten Rechten besonders im Gesetze zugelassen werden müsse. Ich bin nicht dieser Ansicht und glaube, daß es nur darauf ankommt, ob der bedingte Abschluß mit der Erfüllung der Formvorschriften für die dinglichen Rechtsgeschäfte in Uebereinstimmung zu bringen sei. Aber die praktische Bedeutung und die mit der Bedingtheit verbundenen Unzuträglichkeiten sind ganz andere im Obligationenrechte und im Sachenrechte. Im Obligationenrechte muß man mit der ungewissen Zukunft rechnen und sich und andere fest binden können. Die sachenrechtlichen Geschäfte sind Erfüllungsgeschäfte. Die Bedingung steckt regelmäßig in der causa; denn nur ausnahmsweise wird eine unbedingt geschuldete Sache unter einer Bedingung übergeben werden. Wird vor der Aufklärung der mit der Bedingtheit verknüpften Ungewißheit der dingliche Vertrag unter Beifügung der gleichen Bedingung vollzogen, so beherrscht die causa den Effekt des dinglichen Vertrages und wird auf diese Weise das Rechtsgeschäft künstlich in Abhängigkeit von seiner causa zurück-

Digitized by Google

geführt. Mit der Beeilung des dinglichen Vertrages vor Purifizirung der causa unter Knüpfung an dieselbe Bedingung wird einerseits der Leistung der Charakter einer Kreditirung genommen und damit die Lage des Leistenden gefahrloser gemacht, als wenn er einfach auf eine Rückforderung sich verließe, und andererseits hat der Empfänger mit dem bedingten dinglichen Geschäfte Sicherheit gewonnen. Diese Sicherung ist der Hauptzweck der bedingten dinglichen Erfüllungsgeschäfte.

Im Immobilienrechte lassen die bedingten dinglichen Geschäfte sich nicht entbehren. Hier liegt die Erfüllung der Forderungsrechte auf Uebertragung von Rechten an Grundstücken oft so weit hinaus, daß eine Sicherung Bedürfniß ist. Ein obligatorisches Rückfallsrecht oder Anfallsrecht genügt hier nicht. Das Grundbuch bildet dabei ein vortreffliches Mittel zur Kundbarmachung der Rechtslage. Anders liegt die Sache im Mobilienrechte. Hier kann die bedingte Eigenthumsübergabe — insbesondere durch Uebergabe mittels constitutum possessorium — Pfandzwecken dienen; die Annahme einer Simulation wird indessen in solchen Fällen für ausgeschlossen erachtet werden müssen, weil ein Unterschied bleibt. Ebenso sollen bedungene Rückfallsrechte meistens dem Zwecke pfandartiger Sicherung dienen. Eine nur nach dieser Richtung hin einschränkende gesetzliche Bestimmung, vgl. Mot. III, S. 337, Note 1, würde indessen nicht genügen. Ein Besitzstand, bei welchem das Eigenthum zwischen dem Besitzer und einer anderen Person schwankt, ist an sich nicht wünschenswerth. Im französischen Rechte läßt der Satz en fait de meubles la possession vaut titre nur Raum für eine obligatorische Bindung des Besitzers. Nach preußischem, sächsischem und züricher Rechte, sowie nach einer im gemeinen Rechte weit verbreiteten Meinung soll die auflösende Bedingung nur obligatorische Wirkungen haben, also in Wirklichkeit keine Bedingung sein. Nimmt man hierzu, daß die aufschiebende Bedingung mit dem Traditionserfordernisse nicht vereinbar ist, weil diesenfalls der Veräußerer nicht den Willen haben kann, den Empfänger zum Eigenthumsbesitzer zu machen und dieser nicht entsprechende Willen, so würde bei Annahme der obligatorischen Wirkung für die Resolutivbedingung die bedingte Eigenthumsübertragung überhaupt aus-

Digitized by Google

geschlossen sein. Ich möchte aber auch glauben, daß auch die resolutive Eigenthumsübertragung mit dem Traditionserfordernisse in einem gewissen Widerspruche steht, denn der diesem Geschäfte entsprechende Wille des Empfängers ist ein Sequester-Wille, also ein Inhaberwille, nicht Wille eines Eigenthumsbesitzers. Es würde dann immer noch der Ausweg bleiben, durch Sequestrirung bei einer anderen Person dingliche Bindung zu schaffen, da der Sequester sehr wohl ancipite mente Detentor für den Einen oder für den Anderen sein kann, ähnlich wie ein unbeauftragter Geschäftsführer die tradirte Sache je nach Erfolgen oder Ausbleiben der Genehmigung die Sache für den Geschäftsherrn oder für den Veräußerer detinirt.

Auch strafrechtlich kommt man mit der bedingten Tradition in eine bedenkliche Lage. Der Besitzer, welcher allerdings nach § 135 des Entwurfes sachlich gebunden sein soll, eignet sich die Sache zu. Hat er das Glück, daß die Bedingung zu seinen Gunsten sich entscheidet, so kann ihm nichts geschehen, denn einen Versuch mit untauglichen Mitteln wird man ebensowenig annehmen können, wie bei dem Diebe der eigenen Sache, sondern nur ein Putativvergehen. Sonderbar muß es dann erscheinen, wenn der Besitzer bei ungünstigem Ausfalle der Bedingung als der Unterschlagung schuldig erscheinen soll. Man kann dabei fragen, ob nicht die Theorie des Entwurfes, nach welcher eine Ungewißheit ausgeschlossen und bei resolutiver Uebertragung der Empfänger einstweilen wirklich Eigenthümer sein soll, die Möglichkeit der Unterschlagung bei einem solchen Empfänger ausschließt, weil ein postfactum einen früheren Thatbestand nicht rückwärts einer Beurtheilung als Delikt unterstellen kann.

Der Entwurf ist den Weg gegangen, daß er im Immobilienrechte die aufschiebende Eigenthumsübertragung ausschließt, im Mobilienrechte die Zulässigkeit der Beifügung von Bedingungen nicht beschränkt.

Der Ausschluß suspensiv bedingter Eigenthumsübertragungen im Immobilienrechte ist auf nicht ganz verständliche Gründe gestützt. Der Unterschied zwischen Suspension und Resolution hängt doch davon ab, zu wessen Gunsten in der Schwebezeit die Vindi-

Digitized by Google

zien geordnet sind, zu Gunsten des Veräußerers, welcher also im Buche und im Besitze bleibt, oder zu Gunsten des Erwerbers, welcher alsdann als Eigenthümer unter Buchung eines Rückfallsrechtes eingetragen wird. Weshalb nicht ein Anfallsrecht soll eingetragen werden können, ist willkürlich und unverständlich. Dieselbe materielle Rechtslage kann ja doch auf dem Umwege herbeigeführt werden, daß der Veräußerer überträgt und unter einer Resolutivbedingung zurück empfängt.

Bei der Eigenthumsübertragung an beweglichen Sachen wird die Suspension von der Resolution dadurch sich unterscheiden, daß bei ersterer der Veräußerer Besitzer, d. h. thatsächlicher Eigenthümer bleiben, bei letzterer der Besitz auf den Erwerber mit Vorbehalt eines Rückfallsrechtes übergehen soll. Will der Veräußerer Besitzer bleiben, so kann er nicht den erforderlichen Traditionswillen haben, also kann den Anforderungen für den Abschluß des dinglichen Vertrages nicht genügt werden. Wenn man nun bestimmt, daß die Bedingung, welche dem mittels Uebergabe an den Erwerber vollzogenen Eigenthumsübertragungsvertrage beigefügt ist, nur eine Verbindlichkeit des Letzteren zur Rückübertragung des Eigenthumes bei Verfehlung der Bedingung hervorbringen könne, so schließt man sich damit an das in dem weit überwiegenden Theile Deutschlands geltende Recht an und erreicht das Ziel, bei der Eigenthumsübergabe jede Bedingtheit auszuschließen, es sei denn, daß an einen Sequester übergeben ist, welcher je nach der Entscheidung der Bedingung als Detentor für den Einen oder für den Anderen gelten soll.

§ 15. Vormerkung für obligatorische Ansprüche.

Geht ein Forderungsrecht auf Verschaffung des Eigenthumes an eine spezielle Sache, so liegt es äußerst nahe das Geschuldetsein als ein relatives Gehören zu betrachten. Steht statt der Verschaffung des Eigenthumes die Verschaffung des Rechtes an einer Sache, des Rechtes an einem Rechte an der Sache oder der Liberation von einem belastenden Rechte in Frage, so liegt der Fall ähnlich, doch ist es besser die Betrachtung auf den einfachen Fall zu beschränken und die Erweiterung der Analogie zu über-

Digitized by Google

lassen. Lediglich die Formvorschriften für die sachenrechtlichen Rechtsgeschäfte stehen entgegen, daß das Geschuldetsein mit der Fälligkeit nicht in das Gehören übergehe; dem redlichen Willen der Betheiligten entspricht es, daß schon die geschuldete Sache als eine fremde Sache angesehen werde. Die Rechtsverwirklichung führt im heutigen Rechte dazu, daß der Gläubiger (anders wie bei der römischen Geldkondemnation) die individuelle Sache bekommt, wenn sie dem Schuldner abzunehmen ist. Man redet hier von Erzwingung der Herausgabe. In der Civilprozeßordnung wie in dem Entwurfe wird Restitution und Tradition, Herausgabe und Leistung (C.-P.-O. § 769) nicht streng von einander getrennt gehalten. Dagegen ist im Uebrigen der Entwurf von dem Bestreben geleitet, die Unterschiede zwischen Obligation und dinglichem Rechte nicht zu verwischen und die Verflachungen des preußischen und des französischen Rechtes zu vermeiden. Der Unterschied zwischen Obligation und absolutem Rechte ist handgreiflich und der Art, daß die Möglichkeit von wirklichen Mittelgliedern ausgeschlossen ist. Dabei ist indessen eine vollständig strenge Auseinanderhaltung schwieriger zu erreichen, als man denken sollte, denn die modernen Gesetzgebungen und die heutige Rechtswissenschaft sind der preußischen und französischen Auffassung sehr zugeneigt, daß schon die Obligation eine unmittelbare Beziehung der Person zur Sache herstelle und auch der Entwurf hat sich dieser Tendenz nicht ganz entzogen, wenngleich er prinzipiell auf dem Standpunkte der strengen Trennung steht. Das hauptsächlichste Beispiel für die Nichtscheidung dinglichen und obligatorischen Rechtes im Entwurfe ist in dem Institute des (relativen) Veräußerungsverbotes gegeben. In § 107 werden zwei gänzlich unähnliche Fälle mit einander vermengt. Nach den Motiven I S. 214 kann das Verbot ebensowohl zum Schutze einer Berechtigung mit dinglichem Charakter als zum Schutze eines Forderungsrechtes ergangen sei. Im ersteren Falle fügt das Veräußerungsverbot der Wirkung, welche die dingliche Rechtsposition kraft ihrer Natur entwickelt, materiell nichts hinzu, denn in dem dinglichen Rechte liegt die Durchführbarkeit gegen alle Welt. Aber nach den Motiven soll in diesem Falle das Veräußerungsverbot insofern Bedeutung haben, als durch seine Ein-

Digitized by Google

tragung im Grundbuche oder seine sonstige Veröffentlichung den nachtheiligen Wirkungen vorgebeugt wird, welche das Vertrauen auf das Grundbuch beziehungsweise der gute Glaube nach sich ziehen kann. Diese Motivirung ist schwer verständlich. Publizirt und durch die Publikation gegen die Folgen des bona fide-Erwerbes geschützt wird doch die dingliche Rechtsposition, aus welcher sich vermöge des Satzes nemo plus juris transferre potest quam ipse habet für alle Dritte das Nöthige insbesondere die Beschränkung des rechtlichen Könnens ergiebt. Ist statt von dieser Position im Grundbuche von dem zu Gunsten des Berechtigten bestehenden Veräußerungsverbote die Rede, so ist die dingliche Rechtsposition nur in ihrer Kehrseite bezeichnet. Man braucht in Fällen dieser Art überall nicht von Veräußerungsverbot zu reden und redet ungenau, wenn man solches thut. Daß es dingliche Rechtspositionen gäbe, welche nur in Gestalt von Veräußerungsverboten im Grundbuche erscheinen könnten, davon findet im Entwurfe sich keine Spur. Also bleibt in § 107 nur das zum Schutze eines Forderungsrechtes dienende, im Konkurse seine Wirksamkeit verlierende Veräußerungsverbot von Bedeutung. Ursprünglich dachte man sich allerdings das Institut als ein umfänglicheres, aber wenn man zu einem möglichen Falle der Anwendung zum Schutze einer Rechtsposition gelangte, wie bei der Bindung des Vorerben oder des Erben, welchem ein Testamentsvollstrecker gesetzt ist, überzeugte man sich, daß das Institut nicht zu verwerthen sei, da eine Rechtsposition dinglichen Charakters in Frage stehe und die in § 107 bestimmten Folgen nicht genügten. Hieraus ergab sich das weitere Resultat, daß gesetzliche Veräußerungsverbote ebensowenig wie rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbote im Entwurfe vorkommen. Gegenüber den ursprünglichen Erwartungen, als man § 107 beschloß, fand mithin eine beträchtliche Abmagerung des Institutes statt. Daß in dem aufrecht erhaltenen Landesrechte Veräußerungsverbote sich finden, welche in die Kategorie des Entwurfes hinein paßten, ist eine nur unbestimmte Hoffnung. Dabei ist für bestehende Rechtspositionen, welche durch Veräußerungsverbot geschützt sind, durch Art 101 des Einf.-Ges. gesorgt. Soweit Veräußerungsverbote in den vorbehaltenen Materien, Enteignungs-

Digitized by Google

recht, Bergrecht u. s. w. vorkommen, haben die Landesgesetze das Nöthige vorzusehen und ergänzen sich eventuell aus dem früheren jus commune. Der ganze Rest von § 107 besteht also in dem richterlichen Veräußerungsverbote, welches zum Schutze obligatorischer Rechte erlassen ist, da die mannigfach vorkommenden Zessionsverbote, die Vorschriften über die Wirkung der Rechtshängigkeit und das im Konkurse vorkommende allgemeine Veräußerungsverbot einen von den Vorschriften des § 107 unabhängigen Bestand haben. In der Civilprozeßordnung kommt der richterliche Erlaß von Veräußerungsverboten nur in § 817 Abs. 2 vor, abgesehen wiederum von Cessionsverboten und Zahlungsverboten, und von dem zur Begründung eines Pfändungspfandrechtes nach § 754 Absatz 2 C.-P.-O. dienenden Verfügungsverbote. Die Vorschrift des § 817 Abs. 2 redet nur von Verboten, durch welche die Veräußerung, Belastung oder Verpfändung eines Grundstückes untersagt wird. Also für das Mobilienrecht scheidet § 107 gänzlich aus. Zweck des richterlichen Verbotes ist entweder Erhaltung der Solvenz oder Erhaltung der Leistungsfähigkeit bezüglich eines individuellen Rechtes. In der ersteren Richtung ist die Erlangung einer Zwangs- oder Arresthypothek (§§ 1130, 1132) ein weit wirksameres Mittel, welches, da der Schutz alle in Geld umsetzbaren Forderungen erreicht, für die Anwendung eines Veräußerungsverbotes keinen Raum läßt. Von praktischer Bedeutung bleibt also eigentlich nur das Veräußerungsverbot, welches die Leistungsfähigkeit des Schuldners bezüglich eines individuellen Rechtes an einem Grundstücke erhalten soll. Im Mobilienrechte wird der ähnliche Fall durch Sequestration des Leistungsgegenstandes, deren auch in § 817 C.-P.-O. gedacht wird, erledigt.

Die Wirkungen des Veräußerungsverbotes stellt die Prozeßordnung dem Civilrechte anheim. Nach § 107 ist die Verfügung des unter Veräußerungsverbot Stehenden nicht gesperrt, seine Veräußerungsgeschäfte sind gültig, aber sie sollen gegenüber dem Geschützten unwirksam sein. Hiermit ist ein Räthsel aufgegeben. Dient das Veräußerungsverbot zum Schutze einer obligatorischen Rechtsposition, so ist nicht einzusehen, wie der Berechtigte an den dritten Erwerber hinanreichen kann. Bei einer Obligation kommt es nicht

Digitized by Google

darauf an, ob das zu verschaffende Recht bei dem Schuldner oder bei einem Dritten ist (vgl. § 348: Ein Vertrag ist nicht deshalb ungültig, weil die Leistung auf Sachen oder Rechte eines Dritten sich bezieht). Der Schuldner aber auch nur der Schuldner bleibt verpflichtet; zur Sache kommt der Gläubiger allein durch die Obligation noch in gar keine Beziehung. Die Motive I S. 214, 215 geben keine Auskunft. Nach der Anschauung, welche in Ansehung der Zessibilität der dinglichen Ansprüche insbesondere der Vindikation herrschte, ist anzunehmen, daß man an folgenden Weg dachte: Für den durch das Verbot Geschützten werden die Ansprüche gepfändet (§ 745 C.-P.-O.), welche im Falle der Unwirksamkeit des Veräußerungsgeschäftes sich ergeben und welchen gegenüber, wenn dieselben von dem Geschützten geltend gemacht werden, der Erwerber auf das Veräußerungsgeschäft sich nicht berufen kann. Mittels dieser Ansprüche verschafft der Geschützte sich die Sache oder schafft wenigstens freie Bahn, damit die ihm zu verschaffenden Rechte (vgl. § 833 des Entw., § 776 der C.-P.-O.) zur Entstehung gelangen. In den Motiven III S. 241 wird auf die richterliche Erlassung eines Veräußerungsverbotes der vorbezeichneten Art im Wege der einstweiligen Verfügung als auf einen Ersatz der im preußischen Rechte zugelassenen Vormerkung obligatorischer Ansprüche hingewiesen. Daß der Ersatz eine sehr mangelhafter ist, liegt auf der Hand. Die juristische Konstruktion der Art und Weise, wie der Geschützte zu der Realisirung seines Rechtes gelangt, ist sehr anfechtbarer und verwickelter Art. Vorausgesetzt wird die Zessibilität der Vindikation mit dinglicher Bindung, gegen welche früher § 6 a. E. Bedenken erhoben sind. Dann soll die Vindikation in der Hand des Zessionars stärkere Wirkungen haben, als sie in der Hand des Zedenten gehabt haben würde. Ferner ist die Sicherung wegen des Zessirens der Wirkung des Veräußerungsverbotes im Konkursfalle eine nur beschränkte. Dabei wird aus praktischem Gesichtspunkte nicht bestritten werden können, daß dem Gläubiger, welchem die Verschaffung eines Rechtes geschuldet wird, gegen die Gefahr, daß die Forderung durch Veränderung der Umstände unrealisirbar wird, geholfen werden muß.

Wird eine bewegliche Sache geschuldet, so giebt die Prozeß-

Digitized by Google

ordnung den Weg der Sequestration an die Hand. Für diesen Weg, damit derselbe auch bei Dazwischentreten des Konkurses zum Ziele führe, ist folgende Konstruktion anwendbar:

Der durch die Natur der Sache gegebene Weg der Sicherung eines persönlichen Anspruches auf Verschaffung des Eigenthumes an einer beweglichen Sache, wenn der Schuldner seiner Verbindlichkeit nicht nachkommt und damit seine Verbindlichkeit in Frage stellt, besteht in der Verschaffung bedingten Eigenthumes, nämlich in Abhängigkeit von der Bedingung, daß die Sache geschuldet wird. Die Sequestration des § 817 der C.-P.-O. muß als eine entsprechende bedingte Tradition angesehen werden, wenigstens wird man zu dieser Anschauung gezwungen, wenn der Dazwischentritt des Konkurses nicht schaden soll. Der persönliche Anspruch wird also in ein bedingtes dingliches Recht umgesetzt. Dem Gläubiger wird dadurch Sicherheit verschafft und dem Schuldner wird materiell nicht zu nahe getreten, wie früher bei Besprechung der bedingten Tradition dargethan ist.

Im Immobilienrechte kann auf ganz ähnliche Weise geholfen werden. Im Wege der einstweiligen Verfügung wird das geschuldete Recht als ein bedingtes (Bedingung: wenn es geschuldet wird) zugesprochen und der § 817 der Civilprozeßordnung wird durch Anführung dieses Sicherungsmittels ergänzt.

Auch in diesem Falle zeigt sich indessen, wie beengend das Erforderlichsein der Eintragung zu dem Eintritte der Rechtsänderung wirkt und wie viel einfacher alles sich gestaltet, wenn man statt des Grundsatzes: „Das Recht folgt dem Buche" den früher vertheidigten Grundsatz annimmt: „Das Buch folgt dem Rechte, das Recht ist aber entstanden wenn die erforderlichen Erklärungen oder deren Ersatz dem Grundbuchamte vorliegen".

Der Entwurf hat die suspensiv bedingte Eigenthumsübertragung lediglich aus Rücksicht grundbuchlicher Unbequemlichkeiten ausgeschlossen, wenn auch die Motive materielle Gründe anführen. Dieselben Unbequemlichkeiten liegen aber bei allen suspensiv bedingten Rechtsgeschäften vor. Die Motive III S. 319 bringen folgende Begründung: Nach § 135 könne im Falle suspensiv bedingten Abschlusses dingliche Bindung nur eintreten, wenn allen

Digitized by Google

formellen Erfordernissen des Rechtsgeschäftes, also auch dem Erfordernisse der Eintragung genügt sei, diesem Erfordernisse könne aber nicht genügt werden, da das Recht noch nicht bestehe. Weshalb das bedingte Recht (§ 132) nicht buchungsfähig sei, wird nicht gesagt. Man möge sich überlegen, daß dann § 870, welcher nur die suspensiv bedingte Auflassung trifft, viel zu eng sein würde, da doch für alle anderen suspensiv bedingten Geschäfte außer der Auflassung derselbe Grund gelten müßte. Die erst mit Eintritt der Bedingung zu erwerbenden Rechte können nicht vorher eingetragen werden. Wie aber die Anfallsrechte oder die bedingten Rechte eingetragen werden, ist nirgends, weder im Entwurfe noch in der Grundbuchordnung gesagt. Die richtige Gestalt hat die Eintragung der suspensiv bedingten Rechtsänderung in der Vormerkung. Nur muß man, damit die §§ 844, 845 Anwendung finden können, von dem Grundsatze: „das Buch folgt dem Rechte", ausgehen und annehmen, daß die bedingte Rechtsänderung mit Abgabe der erforderlichen rechtsgeschäftlichen Erklärung oder Vorlegung der dieselbe ersetzenden richterlichen Anordnung — also auch der einstweiligen Verfügung, welche das Recht unter der Bedingung des Geschuldetseins verschaffen will — zur Entstehung gebracht und nur noch im Grundbuche zu registriren und publiziren ist. Diese Registrirung geschieht aber dann am natürlichsten in der Form einer Vormerkung, an deren Stelle bei Erfüllung der Bedingung die Eintragung des zur Existenz gelangten Rechtes tritt.

Eine solche Vormerkung ist ein sehr praktisches Sicherungsmittel nicht nur, wenn der fällige unbedingte Anspruch auf Verschaffung eines Rechtes gefährdet ist und im Wege der einstweiligen Verfügung geholfen werden soll, sondern auch wenn die Obligation von Anfang an selbst eine bedingte ist und vor ihrer Purifizirung der Gläubiger gesichert werden soll, oder wenn der sofortigen Rechtsverschaffung Hindernisse im Wege stehen, z. B. weil ein Trennstück zunächst vermessen und für dasselbe ein besonderes Folium anzulegen ist. Dabei nehme ich an, daß § 26 des Entwurfes einer Grundbuchordnung (keine Eintragung vor der besonderen Buchung des Trennstückes) nicht für Vormerkungen gilt, da jene Vorschrift sonst zu beengend wäre. Um das Bedürfniß einer Vor-

Digitized by Google

merkung obligatorischer Ansprüche nachzuweisen, ist in den Bemerkungen des Königlich preußischen Justizministers zum Entwurfe auf folgende Fälle hingewiesen:

Bei größeren Eisenbahn- oder Kanalbauten komme es häufig vor, daß die betroffenen Grundbesitzer von dem Enteignungsverfahren absehen und im Wege der freien Vereinbarung soviel Land, als der Unternehmer fordere, einstweilen zur Verfügung stellen, einen Theil des Kaufpreises erhalten und die endgültige Auflassung von der demnächstigen Feststellung des Bedarfes abhängig machen. Ferner würden Kaufverträge häufig so abgeschlossen, daß die Auflassung erst nach einer binnen bestimmter Frist zu bewirkenden Zahlung erfolgen solle.

Im ersteren Falle kommt eine Art von bedingter Eigenthumsübertragung (tantum, quantum), im letzteren Falle eine suspensiv befristete (dies certus quando, incertus an) Uebertragung heraus. Ist das aufschiebend bedingte Recht mit Abgabe der erforderlichen Erklärungen ins Leben gerufen, so ist die Vormerkung die richtige Art der Publizirung.

Der hier vertheidigte Gedankengang würde also zunächst zu einer Ergänzung der Prozeßordnung führen, indem als Sicherungsmaßregel, welche im Wege der einstweiligen Verfügung angeordnet werden kann, die Umsetzung des Geschuldetseins eines Rechtes am Grundstücke in ein bedingtes Recht zugelassen wird, ohne daß etwaige Beschränkungen für die rechtsgeschäftliche Setzung von Bedingungen (Auflassung, Grundschuld, §§ 870, 1137) Anwendung zu finden haben. Die einstweilige Verfügung ersetzt die Willenserklärung des leidenden Theiles. Ferner wäre die Vormerkung als Gestalt der Eintragung suspensiv bedingter oder befristeter Rechte zu bestimmen, was allerdings nur geschehen kann, wenn die entstandenen Rechte eingetragen werden und die Entstehung nicht bis zur Eintragung hinausgeschoben wird.

Würde, wie von der bezeichneten Seite vorgeschlagen ist, das zu Gunsten obligatorischer Ansprüche in Gestalt einer Vormerkung einzutragende Veräußerungsverbot mit Wirkung im Konkurse ausgestattet und später das geschuldete Recht so behandelt, als wenn es im Augenblicke der Vormerkung geleistet wäre, so liegt in Wirklich-

Digitized by Google

keit die Schaffung des zu leistenden Rechtes als eines bedingten mit der Vormerkung und durch die Vormerkung vor, nur ist obligatorisches Recht und dingliches Recht nicht in wünschenswerther Weise getrennt gehalten.

§ 16. Miteigenthum.

In Ansehung der Abgrenzung von communio incidens und societas bestehen schon im gemeinen Rechte große Dunkelheiten. Man übersieht sehr leicht, daß das Gebiet der eigentlichen communio incidens ein sehr begrenztes ist. Da die Gesellschaft ein Konsensualvertrag ist, so geht die in Willensübereinstimmung der Betheiligten aufrecht erhaltene Gemeinschaft sofort in ein Gesellschaftsverhältniß über, und wenn auch ohne jede Bindung communi consensu gemeinschaftlich fortgewirthschaftet wird, tritt die gemeinschaftliche Wirthschaft unter den Gesichtspunkt der Gesellschaft. Die Fälle der communio incidens treten nur selten ein. Sie setzen einen Erwerb voraus, welcher nicht in Willensübereinstimmung erfolgt, während doch die gemeinschaftliche Anschaffung oder die absichtliche Vergemeinsamung überwiegen. Cum societate res communis est veluti inter eos, qui pariter eandem rem emerunt, sine societate communis est veluti inter eos quibus eadem res testamento legata est. l 2 pr. D. comm. div. 10, 3. Legat und Erbschaft sind die Hauptfälle. Die römischen Vorschriften über das judicium communi dividundo finden auf die communio cum und sine societate Anwendung, so daß aus diesen Vorschriften über das Wesen der communio incidens sich nichts entnehmen läßt.

Die communio incidens ist ein Fall der Kollision, welche alsdann durch die Vorschriften über die Auseinandersetzung gelöst wird. Indem man sich die reine Kommunion als ein dauerhaftes, durch Theilungsausschluß möglicher Weise zu verewigendes Verhältniß dachte, fühlte man das Bedürfniß, dieses Verhältniß auch mit Rücksicht auf die Zukunft zu regeln. In der gemeinrechtlichen Doktrin gewann die Anschauung die Oberhand, daß die Genossen einander den Mitgebrauch der gemeinschaftlichen Sache zu gewähren

Digitized by Google

hätten, daß ein jeder Genosse auf eine ordnungsmäßige Verwaltung dringen könne, daß über Fragen der Zweckmäßigkeit mit Stimmenmehrheit entschieden werde. Aus den römischen Quellen wird eine solche Auffassung sich nicht rechtfertigen lassen. Nur Fälle, in denen die communio incidens ihr Wesen als ungewollte Gemeinschaft bewahrt hat, können in Betracht kommen. Für die Theilhaber giebt es nur ein nothwendiges gemeinschaftliches Geschäft, das ist die Auseinandersetzung. Hieraus ist zu schließen, daß lediglich der Zweck der Auseinandersetzung das Verhältniß beherrscht und daß nur in dem Rahmen dieses Zweckes eine Vergesellschaftung, eine societas necessaria stattfindet. Danach ist der einzige gemeinsame Zweck die alsbaldige Umsetzung des Gemeinsamen in Einzelrechte. Das Kommunionsverhältniß ist an sich weiter nichts als eine zu beseitigende Kollision. Um irgendwie zu einer Dauer berechtigt zu werden, müssen die Betheiligten ihm einen Zweck geben, das heißt sich assoziiren. Bei dem Eigenthume hat die Spaltung einige Aehnlichkeit mit der Belastung. Die Zulässigkeit der letzteren wird von dem Obwalten eines Zweckes — Fürsorge für die Person, utilitas fundi etc. — abhängig gemacht. Dem entspricht es, wenn der Bestand einer dauerhaften Gemeinschaft nur insoweit zugelassen wird, als die Gemeinschaft durch die Assoziation der Theilhaber einen Zweck erhalten hat. Der nackte Theilungsausschluß bei der communio incidens ist etwas Unsinniges und Zweckloses. Dabei ist aber die Vereinbarung wegen Unterlassung der Theilung einer Auslegung dahin zugänglich, daß die Theilhaber für die Zeit des Ausschlusses der Theilung eine gemeinschaftliche Verwaltung und Benutzung der Sache für ersprießlich halten (quod etiam ipsius rei qualitati prodest; l 14 § 2 D. comm. div.) und zu einer solchen sich verbinden. Die Frage des Theilungsausschlusses geht alsdann in die Frage der Vergesellschaftung zur gesammten Hand bis zu einem gewissen Zeitpunkte über und bleibt von Wichtigkeit, daß die Vorschriften über die Aufhebung der Gesellschaft durch Kündigung, Tod, Konkurs Anwendung finden.

Gegen die Disposition des Entwurfes, nach welcher die Vorschriften über Gemeinschaft im Obligationsrechte gegeben werden,

Digitized by Google

ist meines Erachtens nichts einzuwenden. Es sind Vorschriften zur Lösung des Konfliktes zu geben, welcher dadurch entsteht, daß ein Recht mehreren Personen ungetheilt zusteht. Der Entwurf redet absichtlich von gemeinschaftlichen Gegenständen statt von gemeinschaftlichen Rechten. Nach den Motiven sollen damit Besitz und Inhabung als mögliche gemeinschaftliche Gegenstände bezeichnet werden. Es ist schon früher nachzuweisen versucht, daß hierin eine unrichtige Auffassung liegt. Die Inhabung erscheint prima vista als Besitz und der Besitz als Eigenthum. Mithin kann lediglich auf die Mitinhabung der Anspruch aus der Gemeinschaft gestützt werden, indem die Mitinhabung für Miteigenthum spricht. Sollte die in der Mitinhabung befindliche Sache als eine gemiethete oder geliehene sich herausstellen, so kann von einer Theilung nicht mehr die Rede sein, sondern nur von einer gemeinsamen Verbindlichkeit. Gemeinschaftlich kann nur sein, was Vermögenswerth hat. Vermögenswerth haben aber nur Rechte. Redet man von Sache, so meint man das Eigenthum.

Der Entwurf will in dem vorliegenden Abschnitte nur die communio incidens abhandeln. Zur Anwendung der Vorschriften wird lediglich die Thatsache der Gemeinsamkeit vorausgesetzt. Bei der communio incidens findet ausnahmslos Gemeinschaft nach Bruchtheilen statt. Wenn es in § 762 Abs. 1 heißt, bei der communio incidens sei Gemeinschaft nach Bruchtheilen anzunehmen, sofern nicht aus dem Gesetze ein Anderes sich ergebe, so ist diese Ausdrucksweise irreführend, denn die zufällige Gemeinschaft hört auf, wo die Vergesellschaftung anfängt, und die anomale Gemeinschaft ohne Bruchtheile findet nur in Fällen einer besonders innigen Vergesellschaftung statt.

Nach dem früher Gesagten ist die Regelung des Regellosen, welche der Entwurf in §§ 765, 767 unternimmt, ein Uebergriff in das Gebiet der Gesellschaft. Für die zufällige Gemeinschaft ist die melior conditio prohibentis das Regelnde und ein Zwang kann nur insoweit ausgeübt werden, als das nothwendige Geschäft der Auseinandersetzung erfordert. Der freiwillige Aufschub der Theilung unter Verständigung über einen Mitgebrauch aber ohne eine jede Bindung, welche als Eingehung eines Gesellschaftsvertrages

Digitized by Google

für die Zukunft angesehen werden könnte, ist ein thatsächliches gesellschaftliches Provisorium, auf welches man aber dem Einzelnen nicht mit dem Entwurfe, § 765 Abs. 2, ein Recht geben darf. Im gemeinen Rechte ist eine ähnliche Rechtsgestaltung bestritten, vgl. Seufferts Archiv Bd. 9 Nr. 268. Weit über das gemeine Recht hinaus geht die mit dem Begriffe der communio incidens im schneidenden Widerspruche stehende Organisirung der Gemeinschaft in den neueren Gesetzgebungen dadurch, daß eine gültige Beschlußfassung über die künftige Verwaltung durch das Majoritätsprinzip begünstigt wird. Diese Tendenz ist in den modernen Gesetzgebungen sehr verbreitet (preuß. A.-L.-R. I 17 §§ 10 ff., 25 ff., 36 ff.; öster. G.-B. § 833 ff; sächs. G.-B. § 331). Dabei wird übersehen, daß man damit den widerstrebenden Einzelnen in eine nicht eingegangene Gesellschaft hineinzwingt und damit den Streitzustand, welcher nun einmal mit der communio incidens verbunden ist, künstlich verlängert. Die Verbindlichkeit der Verwaltungsbeschlüsse, welche die Mehrheit faßt, stimmt nicht mit dem Rechte des Einzelnen, in jedem Augenblicke die Theilung zu verlangen. Bleibt man innerhalb des Gedankens der zufälligen Gemeinschaft ohne das Gebiet der Gesellschaft zu betreten, so würde folgende Vorschrift genügen:

„Jeder Theilhaber kann von den anderen Theilhabern die Zustimmung und Mitwirkung zu denjenigen Maßregeln verlangen, welche zum Zwecke der alsbaldigen Aufhebung der Gemeinschaft und der bis dahin stattfindenden ordnungsmäßigen Verwaltung der Sache erforderlich sind."

Weder Quoten der zufälligen Gemeinschaft noch in die Gesellschaft eingebrachte Rechtsquoten (nach dem Systeme des Entwurfes giebt es keine eigentlichen Gesellschaftsantheile, sondern diese bestehen in den Quoten der inferirten Rechte) sind Verkehrsobjekte, erstere nicht wegen ihres vorübergehenden Bestandes, letztere nicht wegen der einer Veräußerung entgegenstehenden obligatorischen Bindung. Der Entwurf hätte deshalb wohl nicht nöthig gehabt, den Fall des Quoten-Nießbrauches und des Quoten-Faustpfandrechtes (§§ 985, 1184) zu behandeln. Es würde auch richtiger sein, den Quotennießbrauch und das Quotenpfandrecht als Rechte an Rechten zu behandeln, denn der Miteigenthümer kann an der Sache kein

Digitized by Google

Recht begründen, sondern nur an seiner Quote, welche keine Sache ist. Wird der Nießbraucher auf die Theilnahme an der in § 765 geregelten gemeinsamen Nutzung und Verwaltung angewiesen, so wird ihm damit etwas sehr Ungewisses gegeben. Es ist auch kein Grund einzusehen, weshalb die Auseinandersetzung dadurch, daß das Erforderniß des gemeinschaftlichen Handelns des Nießbrauchers und des Eigenthümers aufgestellt wird, einen Aufschub erleiden soll. Die Regelung der gemeinschaftlichen Verwaltung durch Majoritätsbeschluß kann dem Nießbraucher jede Nutzung entziehen, z. B. wenn die Genossen die Verwendung der Aufkünfte zur Kapitalverbesserung beschließen. In der communio incidens steckt als fester Kern nur das Recht auf einen Antheil an dem zu realisirenden Werthe. Wird dem Quotennießbraucher die Ausübung dieses Rechtes verkümmert, so ist sein Recht unsicher und werthlos.

Daß in Ansehung des Theilungsmodus im neueren Rechte die freiere schöpferische Stellung des römischen Theilungsrichters und das konstitutive Theilungsurtheil nicht zu halten sind, wird kaum bestritten werden. Die Frage kann nur sein, ob man, wie im preußischen Rechte, den öffentlichen Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes und Vertheilung des Erlöses — also unter Absehen von der Naturaltheilung — als einzig erzwingbare Theilungsart setzen soll. Die folgende Betrachtung beschränkt sich auf das Miteigenthum. Es bleiben mithin die Fälle unerwogen, wenn bei einer Rechtsgemeinschaft nach Inhalt des gemeinschaftlichen Rechtes die Ausübung des Rechtes ein zweckmäßigerer und kürzerer Weg zum Gelde ist, als der Verkauf. Außer den einziehbaren Forderungen (§ 769, Abs. 3) können noch mancherlei andere Gemeinschaftsgegenstände in Betracht kommen.

Die sachenrechtliche Vorlage hatte sich gegen die Naturaltheilung entschieden. Für diese Entscheidung waren folgende Gründe maßgebend:

Bei der Frage der Naturaltheilung ist zu untersuchen, was aus dem Wesen des Miteigenthumes für dessen Aufhebung durch Theilung folge. Nichts scheint näher zu liegen, als der Satz: bei der Aufhebung ist der gedachte Theil umzusetzen in einen wirklichen Theil. Und doch ist der Satz unrichtig, da nicht nur eine solche

Digitized by Google

Umsetzung in den meisten Fällen unmöglich, sondern auch, wo sie möglich, jeder begriffliche Zusammenhang des Antheiles eines Miteigenthümers mit einem bestimmten körperlichen Theile der gemeinschaftlichen Sache fehlt, vielmehr an jedem Theile jedem Genossen das antheilmäßige Recht zusteht. Der Antheil giebt lediglich Anspruch auf eine entsprechende Werthsquote. Der Werth allein ist das bei der Theilung wirklich Getheilte, nicht die Sache oder das Recht an der Sache. Der Theilungsanspruch geht daher auf Umsetzung der gemeinschaftlichen Sache in Geld und Zutheilung der antheilmäßigen Geldsumme. Die Werthsermittelung ist auch bei der Naturaltheilung nothwendig, wenn auch nur in der Gestalt, ob die Naturaltheile dem Werthe nach homogen sind. Aber wenn auch ohne den Regulator des öffentlichen Verkaufes die Gleichwerthigkeit bei allen Bestandtheilen im Verhältnisse zu Maß, Zahl und Gewicht, also vornehmlich bei einer Quantität vertretbarer Sachen festgestellt sein sollte, ist doch nur das Interesse zum Empfange von Geld ein gleichmäßiges, dagegen das Interesse zum Empfange von Eisen, Oel, Korn u. s. w. sehr verschieden. Es entspricht deshalb dem regelmäßigen Interesse, daß nur Geld vertheilt wird. Das ausnahmsweise Bedürfniß von Naturalien mag durch Mitbieten bei dem Verkaufe befriedigt werden. Der Ausweg des römischen Rechtes, den Richter einen ihm gerecht und billig scheinenden Ausgleich nach seiner Willkür mit Recht schaffender Kraft bestimmen zu lassen, läuft auf zu weit getriebene Fürsorge für das Einzelrecht und auf Ueberspannung der richterlichen Autorität hinaus. Wer die gemeinrechtliche Praxis kennt, weiß, daß die Richter immer auf den Verkauf zurückkommen. Einige Aehnlichkeit besteht auch zwischen der Naturaltheilung und der vom Entwurfe § 219 in erster Linie angenommenen Naturalrestitution als Art des Schadensersatzes, wenigstens ist eine gewisse durchgehende prinzipielle Auffassung erkennbar. Doch möchte auch die allgemeine Leistung des Schadensersatzes in Geld den Vorzug verdienen, denn sonst gebiert eine Obligation die andere, l. 4 § 3 D. de Re jud. 42,1. Wieweit Naturaltheilung und Naturalrestitution möglich sind, sind schwierige, überwiegend zu verneinende Fragen, welche besser aus der Welt geschafft werden.

Digitized by Google

Was endlich den Theilungsausschluß und insbesondere den dinglichen Theilungsausschluß anlangt, so ergeben sich aus dem Entwurfe folgende Kontraste:

Bei der Gesellschaft, also der Zweckgemeinschaft, kann vorzeitig gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, § 648.

Bei dem obligatorischen Theilungsausschluß im Falle der communio incidens, also der zwecklosen Gemeinschaft, gilt keine vorzeitige Kündigung wegen wichtiger Gründe, § 767.

Im Falle der Gesellschaft soll zwar der Genosse seine Quote an den einzelnen Sachen nicht veräußern § 645, aber er kann es doch und sein Rechtsnachfolger ist nicht verhindert, Theilung zu begehren.

Bei der communio incidens — wenn ein Grundstück in Frage steht — darf der Genosse seinen Antheil veräußern, seine obligatorische Verpflichtung, die Theilung nicht zu verlangen, kann indessen durch Vertrag verdinglicht werden, so daß sie auch den Rechtsnachfolger trifft.

Ferner möge man Folgendes erwägen: Bei dem Kontrahiren für Gesellschaftszwecke läßt sich vereinbaren, daß der Schuldner nur an alle Gesellschafter zusammen oder an einen gemeinsamen Vertreter derselben zu leisten haben. Hierdurch wird erzielt, daß die geleisteten Sachen in den Mitbesitz der Gesellschafter kommen. Im Falle des Mitbesitzes ist die Verfügung des Einzelnen über seinen Antheil in gewisser Weise gesperrt. Die Tradition hat die Gestalt der Aufnahme in den Mitbesitz, ist also von der Zustimmung der Genossen abhängig. Mit dieser Zustimmung können die Genossen zurückhalten, wenn durch die Veräußerung gegen die gesellschaftliche Verbindlichkeit verstoßen wird. Sollte der Veräußerer Detentor der Sache für alle Gesellschafter sein, so verletzt er nicht nur die ihm obliegende Verbindlichkeit, sondern er macht sich auch der Unterschlagung schuldig, falls er die ganze Sache trabirt. Diese Art der Sicherung der Gesellschafter durch den Mitbesitz geht im Immobilienrechte durch die Grundbucheinrichtung verloren. Das Grundbuch ist nun aber sehr wohl geeignet, ähnlich wie der Mitbesitz zu Gunsten der Festhaltung der Einzelquoten zu dienen. Der Redaktor des Sachenrechtes hatte die Aufnahme folgender Vorschrift beantragt:

Digitized by Google

„Ueber den Antheil an einem Grundstücke kann bei dem Grundbuche nur verfügt werden, wenn die Größe des Antheiles in dem Grundbuche eingetragen ist. Diese Bestimmung findet keine Anwendung, wenn einem der Miteigenthümer der Antheil eines anderen übertragen wird."

Durch die Buchung ohne Antheile würde hiernach die Verfügung des Einzelnen gesperrt. Derselbe könnte allerdings stets auf Anerkennung seiner Quote — wobei zunächst Gleichheit vermuthet wird — klagen, aber gegen diesen Anspruch ist alsdann die Einwendung aus obligatorischem Rechte gestattet. Das Theilnahmeverhältniß der Mitberechtigten geht zunächst nur diese an. Die preußischen Grundbuchgesetze [1]) verlangen nicht, daß dasselbe von vornherein klar gestellt wird. Das Prinzip der Spezialität hat nach Innen keine praktische Bedeutung und keinen praktischen Zweck. Es wird nur zu leicht auch bei dieser Frage vergessen, daß man die Antheile nicht in gleicher Weise als Verkehrsobjekte behandeln darf, wie die ganze Sache, da der Antheil entweder Uebergangsstadium zum Alleineigenthum ist, dessen möglichst schnelle Beseitigung erwünscht bleibt, oder, bei der Vergesellschaftung, nach Außen hin nicht hervortreten soll, so lange die Gesellschaft dauert. Es kann deshalb nur bedauert werden, daß der Entwurf von der angedeuteten falschen Grundanschauung ausgehend, in § 827 eine jede Buchung mit Weglassung der Antheile beseitigt, indem bei Schweigen des Grundbuches über das Antheilsverhältniß gleiche Antheile gelesen werden sollen.

Es würde also einander gegenüber stehen einerseits die Begünstigung des dinglichen Theilungsausschlusses bei der communio incidens, während die neueren Gesetzgebungen über die Zulassung eines obligatorischen Vertrages in dieser Richtung nicht hinausgehen (Mot. III, S. 440) und im gemeinen Rechte mindestens die Voraussetzung eines verständigen Zweckes — quod etiam ipsius rei qualitati prodest — gemacht wird; andererseits die gegentheilige Behandlung der Gesellschaft in Rücksicht auf die Verdinglichung des gesellschaftlichen Bandes. Dazu kommt die auffällige

1) Vgl. Dernburg und Hinrichs, preuß. Hyp.-Recht S. 332, § 26, Note 17.

Digitized by Google

Konstruktion in § 949: dingliche Bindung des einzelnen Miteigenthümers in Ansehung seines Rechtes Theilung zu verlangen durch Belastung seines Antheiles. Damit ist eine neue Kategorie begrenzter Rechte gegeben, der reinen Willkür, nicht einem bestimmten Zwecke dienend, besonders zwecklos, wenn nur ein einzelner Genosse gebunden wird, aufgebauet auf dem seiner Natur nach dem Wiederverschwinden zueilenden Verhältnisse der communio incidens.

Einen vernünftigen Sinn erhält der Theilungsausschluß erst dann, wenn man von seiner negativen Seite absieht und seine positive Seite aufsucht. Dann aber gelangen wir zur Gesellschaft. Die Miterben eines großen nahe an der Stadt gelegenen Grundkomplexes kommen überein, noch 10 Jahre den Komplex gemeinsam zu halten, indem alsdann mit Rücksicht auf die Größe des ungetheilten Komplexes eine Verwerthung als Baugrund mit großem Vortheile zu erhoffen ist. Was ist das Anderes als eine Gesellschaft? In den römischen Quellen fließt bei dem judicium communi dividundo die communio incidens mit der societas unius rei zusammen. Daher stammt die ganze Verwirrung. Die Kehrseite des Theilungsausschlusses ist die Vergesellschaftung auf bestimmte Zeit. Läßt man nun die antheilslose Buchung der Miteigenthümer zu, so hat man in Ersatz des Mitbesitzes ein Mittel, dem inneren obligatorischen Verhältnisse der Genossen eine dingliche Sicherung durch eine Art von Retentionsrecht zu geben. In ähnlicher Weise kann die Vereinbarung über die Mitbenutzung pro diviso eines mit einem Gebäude versehenen Grundstückes mit Wirksamkeit für die Rechtsnachfolger dinglich gesichert werden. Der Entwurf des Einf. Ges. Art. 73 will in Ersatz des unterdrückten Stockwerkseigenthumes eine derartige Sicherung zulassen, verweiset jedoch die Landesgesetze auf die künstliche und unbekannte Konstruktion der wechselseitigen Belastung der Antheile. Läßt man die antheilslose Buchung zu, so bedarf es nur nach Seite des Gesellschaftsrechtes hin einer ausnahmsweisen Begünstigung der Hausbenutzungs-Gesellschaft, indem eine solche Gesellschaft von den zu sehr beengenden Vorschriften des Gesellschaftsrechtes hinsichtlich ihrer Dauer dispensirt und eine Verpflichtung der Genossen zum Konsens in eine Veräußerung bestimmt wird, welche denselben nicht die

Digitized by Google

Inanspruchnahme des Ausscheidenden erschwert und einen neuen einwandfreien Genossen an die Stelle setzt.

Bezüglich des letzten Paragraphen in dem Abschnitte über Miteigenthum, § 951, ist ein Bedenken hervorzuheben, welches mit der schon erörterten Auffassung des Entwurfes über die Natur des dinglichen Anspruches zusammenhängt. Der Entwurf läßt den dinglichen Anspruch auf die positive Handlung der Herausgabe, also auf eine an der Sache vorzunehmende Dienstleistung gehen. Eine solche Dienstleistung ist eine untheilbare Leistung, welche der Gesammtheit der Miteigenthümer, nicht einem Einzelnen, geschuldet wird; folglich soll der Einzelne in Gemäßheit des § 339 die Bewirkung der untheilbaren Leistung an die Gesammtheit der Miteigenthümer verlangen können. Der Entwurf hat für sich ein Erkenntniß des preußischen Obertribunales, Entsch. Bd. 24, S. 84. Nach der hier vertretenen Anschauung hat der Miteigenthümer nur den Anspruch auf Zulassung zum Mitbesitze. Diese Zulassung setzt ihn in die Lage, sein Verhinderungsrecht geltend zu machen. Daneben bedarf er in Rücksicht auf die Theilung der Anerkennung des von ihm beanspruchten Bruchtheiles Seitens der Mitbesitzer. Das Eigenthumsverhältniß bezüglich der anderen Bruchtheile interessirt ihn nicht weiter. Dann kann man ihn aber auch nicht ermächtigen, das Recht der sämmtlichen Mitberechtigten geltend zu machen. Wenn ein Erbe, welcher nur noch einen Miterben hat, einen erbschaftlichen Gegenstand in dritter Hand findet, so vindizirt er seine Hälfte. Der dritte Besitzer braucht sich auf eine Geltendmachung des Rechtes des Miterben nicht einzulassen und hat nicht nöthig den etwaigen Nachweis zu führen, daß dessen Rechte auf ihn übergegangen sind. Der Exekutionsschwierigkeiten, welche bei einer Verurtheilung zur Herausgabe an alle Mitberechtigten zu befürchten sind, soll hier gar nicht gedacht werden, da diese Schwierigkeiten in einem jeden Falle des § 339 stattfinden. Bei dem Gesellschaftseigenthume besteht allerdings ein Interesse, daß der Einzelne abhanden gekommene Sachen dritter Personen abholen kann. Wenn das Antheilsverhältniß, wie in der französischen, preußischen und handelsrechtlichen Gesellschaft, zu einer inneren Angelegenheit gemacht und in Abhängigkeit von dem obligatorischen Rechtsverhältnisse gebracht wird, dann

Digitized by Google

glaube ich, daß nach Außen hin der einzelne Gesellschafter gleich einem Alleineigenthümer Einräumung des Besitzes der ganzen Sache verlangen kann, denn sein unbestimmtes Recht wird nur durch das Recht der Genossen — anders als bei in sich begrenzten festen Quoten — begrenzt, ist also dem extraneus gegenüber nicht begrenzt.

Der Annahme antheilsloſen Miteigenthumes bei Gesellschaftern stehen Vorschriften über die Formen bei sachenrechtlichen Rechtsgeschäften nicht entgegen. Unter Mitbesitzern werden Eigenthumsübertragungsverträge, welche lediglich das Antheilsverhältniß verändern, formlos mit Giltigkeit abgeschlossen werden, denn für eine Tradition ist kein Raum und der Mitbesitz vermag nicht, das Antheilsverhältniß zum Ausdruck zu bringen. Der Bruchtheil drückt den Bruchtheil des Erlöses aus. Ob über die rechtsgeschäftliche Antheilsänderung eine Vorschrift aufzunehmen gewesen wäre, kann zweifelhaft sein. Die Vorschrift in § 874 Abs. 3, Uebergabe sei nicht erforderlich, wenn der Erwerber bereits Besitzer sei, paßt, aber ist nicht auf diesen Fall, sondern auf den Fall des Besitzes eines Nichteigenthümers berechnet. Auch ohne besondere Vorschrift wird das Richtige nicht in Zweifel kommen. Die Formvorschrift will die Herstellung des dem Inhalte des Rechtes entsprechenden Zustandes, dieser ist aber im Mitbesitze bereits hergestellt, so daß für die Anwendung der Formvorschrift kein Raum bleibt. Wenn die Bruchtheile nach Innen durch formlosen Vertrag geändert und bestimmt werden können, so können sie auch einstweilen unbestimmt gehalten und kann der Antheil am Erlöse von dem Ergebnisse der gesammten Gesellschaftsliquidation in Abhängigkeit gebracht werden. Dies ist die Folge davon, daß rechtsgeschäftlich mit unbekannten erst später bekannt werdenden Größen gerechnet werden kann; bedingte Ausdrucksweise im weiteren Sinne. Bei den Grundstücken ist die Möglichkeit einer Buchung ohne Antheile, vielleicht mit Bezugnahme auf das Gesellschaftsverhältniß, zu befürworten. Der Mitbesitz beweglicher Sachen entspricht im Erfolge der antheilsloſen Buchung von Rechten an Grundstücken. Gefahren für die Gläubiger werden sich aus einem Unbestimmtbleiben der Antheile der Gesellschafter nicht ergeben. Im preußischen Rechte (vgl. Förster-Eccius, preuß. Privatrecht § 143, Note 75) hat die Antheilsloſigkeit der in die Gesellschaft inferirten Gegen-

Digitized by Google

stände nicht zu Schwierigkeiten geführt und ebensowenig im französischen Rechte. Es könnte deshalb den Zwecken, für welche eine Personifizirung oder eine gesammte Hand der Gesellschaft verlangt wird, vielleicht durch Zulassung der antheilslosen Buchung und durch eine Aenderung des § 631 Abs. 4 dahin:

„Die Antheile der Gesellschafter an den gemeinschaftlich gewordenen Gegenständen sind einstweilen unbestimmt und stehen in Abhängigkeit von dem inneren Verhältniß der Gesellschafter. Bei den den Gesellschaftern gemeinschaftlich und ungetheilt zustehenden Rechten, welche in das Grundbuch einzutragen sind, ist statt des Antheilsverhältnisses der Bestand eines Gesellschaftsverhältnisses unter den Eingetragenen zu vermerken."

Eine solche Vorschrift trägt zwar weiter als die bisherige Erörterung, welche auf das Miteigenthum der Gesellschafter sich beschränkte, führt aber auch in dieser Erweiterung auf begrenzte Rechte an Sachen, Forderungen mit untheilbarer Leistung und auf Immaterialrechte nicht zu Unzuträglichkeiten.

§ 17. Das Erbbaurecht.

Der Entwurf läßt vererbliche und veräußerliche Nutzungsrechte nicht zu. Von dieser Regel wird eine einzige Ausnahme gemacht in Ansehung des Erbbaurechtes. Voraussetzung für die Ausnahme und Grund der Zulassung muß in dem besonderen Inhalte des Nutzungsrechtes gesucht werden. Die privilegirte Benutzung ist der Gebrauch eines Grundstückes, um auf oder unter der Oberfläche desselben ein Bauwerk zu haben, doch darf dieses Haben sich nicht auf eine Abtheilung eines Gebäudes, insbesondere auf ein Stockwerk oder ein einzelnes Gelaß, beschränken. Das Begrenzende für die Entstehung und den Bestand ist der besondere Zweck. Wenn auch die Superfizies für den Eigenthümer Raum für irgendwelchen Gebrauch nicht läßt, so würde er doch die Benutzung des Baugrundes zu irgendwelchen sonstigen Zwecken nicht zu gestatten brauchen. Das zu habende Gebäude kann schon vorhanden sein. Für diesen Fall, in welchem der Inhalt des Gebrauchsrechtes beträchtlich erweitert und dem Berechtigten nicht der

Digitized by Google

nackte Baugrund, sondern vielleicht ein kostbarer Palast anvertraut wird, wird ein Besonderes überall nicht bestimmt. Ebensowenig wird eine Maximaldauer (in Belgien 50 Jahre) oder ein Minimalmaß (im gemeinen Rechte wird conductio non ad modicum tempus gefordert) gesetzt. Ob eine Ausdehnung des Gebrauches auf einen zu dem Gebäude gezogenen Hof oder Garten im Begründungsstatute festgesetzt werden kann, ist zweifelhaft, doch wird man im praktischen Interesse annehmen, daß ein solches adminiculum servitutis zugelassen sei[1]). An dem durch den Gebrauch des Superfiziars getroffenen Areal des belasteten Grundstückes bleibt in der Regel, wenn es sich um einen der Benutzung zu Wirthschaftszwecken und Wohnzwecken dienenden Hochbau handelt, kein Raum. In diesem Falle nimmt das Erbbaurecht den zugewiesenen Platz ganz aber auch nur diesen Platz in Anspruch, abgesehen von der für den Subhastationsfall in das Erbbaurecht durch § 140 des Entwurfes einer Zwangsvollstreckungsordnung gesteckten eventuellen Hypothek am ganzen Grundstücke. Bei einem Kellerrechte würde dagegen für den Gebrauch des Eigenthümers an den betreffenden Parzellen Raum bleiben. Ob daneben noch Bahnanlagen oder Leitungsanlagen in Betracht kommen — auch hier redet man von Bauwerken — kann zweifelhaft sein, doch bleibt für solche Berechtigungen in der Eigenschaft von Grunddienstbarkeiten genügender Raum, da nach dem Entwurfe § 967, vgl. Mot. III, S. 481, die Art der zu fördernden Benutzung des herrschenden Grundstückes nicht begrenzt ist und also auch eine Benutzung für einen Fabrikbetrieb oder für den Betrieb einer Transportanstalt — Eisenbahn, Pferdebahn — in Betracht kommen kann. Neben der Benutzung zu unterirdischen Bauwerken kommt also nur die Benutzung als Baugrund in Betracht, bei welcher der

1) Seuffert's Arch. Bd. 28, Nr. 22 (Rostock): „Daß nicht der ganze übrigens nur 116 Ruthen haltende Platz von den darauf bisher errichteten Baulichkeiten eingenommen wird, sondern noch ein zu Anlagen verwendeter Raum übrig ist, in welchem die Besucher des Klubhauses sich ergehen können, ist außerwesentlich, da dieser Platz lediglich als eine Pertinenz des Hauses, welches die Hauptsache bildet, sich darstellt."

Digitized by Google

Gebrauch des Bauplatzes für einen anderen Gebrauch keinen Raum läßt.

Bei den Dienstbarkeiten findet auch eine Begrenzung des Bestandes solcher Rechte durch einen Zweck derselben statt; gegenüber dem Erbbaurechte ist der Unterschied, daß bei den Dienstbarkeiten der Zweck ein subjektiver, utilitas fundi (fundi zu verstehen als eines jeden Besitzers des Grundstückes) und utilitas personae ist; während bei dem Erbbaurecht der Zweck nur objektiv bezeichnet werden kann: Haben eines Bauwerkes; eine Bezeichnung, welche für viele Zweifel Raum läßt.

Eine große Stütze im geltenden Rechte findet der Entwurf nicht. Sein Erbbaurecht ist von dem gemeinrechtlichen im Falle einer conductio ad longum tempus angenommenen und von einer Verpflichtung zur Entrichtung eines Bodenzinses nothwendig begleiteten superfiziarischen Rechte, einer verdinglichten Miethe (Erbmiethe), wesentlich verschieden. Alle Gründe, welche für Nichtaufnahme der Erbpacht sprechen, gelten auch für die Erbmiethe. Im preußischen Rechte ist der Bestand des Institutes sehr zweifelhaft. Das Ablösungsgesetz vom 2. März 1851 verordnet in § 2 Ziff. 2: „Ohne Entschädigung werden folgende Berechtigungen, soweit sie noch bestehen, hiermit aufgehoben: das Obereigenthum des Guts- und Grundherren und des Zinsherren, desgleichen das Eigenthumsrecht des Erbverpächters; der Erbzinsmann und der Erbpächter erlangen mit dem Tage der Rechtskraft dieses Gesetzes und lediglich auf Grund desselben das volle Eigenthum." Hierzu § 91 desselben Gesetzes: „Auch bei erblicher Ueberlassung eines Grundstückes ist fortan nur die Uebertragung des vollen Eigenthumes zulässig". Das Ablösungsgesetz bezieht sich nach seinem § 7 nicht auf Grundgerechtigkeiten und es entstand in Folge davon die Frage, ob das landrechtliche Platzrecht wegen seiner (unrichtigen) Stellung unter den Grundgerechtigkeiten dem Betroffenwerden durch das Ablösungsgesetz entzogen sei; das Obertribunal hat, obgleich es in der Begründung anerkennt, daß im Gesetze das System des Allgemeinen Landrechtes zu Grunde gelegt sei, für unbedenklich erklärt, daß durch die Bestimmung des § 2, Nr. 2 auch die Superfizies in volles Eigenthum ver-

Digitized by Google

wandelt ist [1]). Danach wären die §§ 243—246 I 22 gegenstandslos geworden. Nach Dernburg, preuß. Privatr. § 289 ist durch das Ablösungsgesetz diejenige erbliche Superfizies unzulässig geworden, welche dem Bodeneigenthümer die Verfügung über die Raumsphäre seines Grundstückes total entziehen würde mit Ausnahme der nicht unter die Tendenz der Ablösungsgesetze fallenden Superfizies an öffentlichen Sachen. Förster-Eccius, Theorie und Praxis u. s. w. III § 185, S. 339 sagt vom landrechtlichen Platzrechte, dasselbe sei schlechthin als Grundgerechtigkeit aufgefaßt und daher durch das neuere Recht, welches das getheilte Eigenthum beseitigt hat, nicht aufgehoben und auch nicht ablösbar, weil es durch die Ablösungsordnung nicht berührt werde.

In Frankreich würde das Platzrecht ebenso wie die Emphyteuse von der das vererbliche und veräußerliche Nutzungsrecht in Eigenthum verwandelnden Gesetzgebung am Ende des vorigen Jahrhunderts betroffen sein, wenn man es als ein Recht am Grund und Boden aufgefaßt hätte. Aufrecht erhalten ist eine Art von superfiziarischem Rechte durch die Zulassung eines Sondereigenthumes an constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, Code civ. art. 553. Auch die Haustheilung nach Stockwerken ist im Code art. 664 geregelt. Eine solche Vermengung von Mobilienrecht und Immobilienrecht schließt der Entwurf wohl mit Recht aus. In Sachsen, sächs. G.-B. § 276, besteht die Eigenthümlichkeit, daß das sächsische Platzrecht, Bau- u. Kellerrecht genannt, zu einem vererblichen und veräußerlichen Rechte werden soll, wenn es ein besonderes Folium im Grundbuche erhalten hat und daß, weil nach § 11 der Ein- und Ausführungsverordnung die Anlegung eines Foliums von der Genehmigung des Justizministers abhängt, die Bestellung des Platzrechtes der freien Willkür der Betheiligten aus Rücksicht auf das öffentliche Interesse entzogen ist.

Zu der einschlagenden Bestimmung des bayrischen Landrechtes

---

1) O.-Tr. Pr. 2655 vom 3. Dezember 1855, Entsch. Bd. 32, S. 258; Erk. vom 17. April 1855 u. Erk. des Rev. Koll. f. L.-K.-S. vom 24. März 1854; Zeitschrift des Rev. Koll. Bd. 7, S. 260, Bd. 8, S. 388.

Digitized by Google

IV. T. § 34 bemerkt Kreittmayr in Anm. 1.: Hier zu Lande ist zwar das jus superficiarium nicht üblich aber auch Niemand verboten. In moribus ac legibus Germaniae will sich die geringste Spur davon nicht bezeigen. Bertram, nassauisches Priv.-R. S. 104 bezeugt, daß die Superfizies in Nassau praktisch nicht vorkommt; dasselbe scheint in Koburg, Meiningen und Anhalt der Fall zu sein, da die dortigen Grundbuchgesetze über die Behandlung der Superfizies ganz schweigen. Das hamb. Ges. vom 4. Dez. 1868 macht insofern Front gegen das Institut, als nach § 4 die Eintragung eines auf fremdem Grundeigenthume errichteten Gebäudes unstatthaft ist.

Gegen die Aufnahme des Institutes sprechen folgende Gründe:

In dem Regelfalle des Platzrechtes (abgesehen von einem Kellerrechte) werden aus dem Grundstücke als einem einheitlichen Verkehrsobjekte durch Zerspaltung des Rechtes an der Sache zwei Verkehrsobjekte (vererbliche und veräußerliche Gegenstände) gemacht. Der Eigenthümer hat allerdings nur ein Rückfallsrecht, welches indessen in Abweichung von § 871 verkehrsfähig sein soll. Außerdem hat der Eigenthümer das völlig werthlose Recht, darauf zu halten, daß der Baugrund nicht über seinen Zweck hinaus benutzt werde. Das einstweilige Unbebauetsein schafft aber noch keinen Raum für den Eigenthümer, denn solange nicht gegen den Bauzweck verstoßen wird, hat der Eigenthümer sich fern zu halten. Hieraus ergiebt sich, daß für die überwiegende Mehrzahl der Fälle die revokabele Eigenthumsübertragung sehr wohl geeignet ist das Erbbaurecht zu ersetzen.

Ferner ist in Rücksicht zu nehmen, daß das Institut vom Entwurfe unvollkommen ausgestaltet ist. Der Gebrauch des Grund und Bodens kann auf ein Jahr, er kann aber auch auf hundert Jahre und mehr bewilligt sein. Je nachdem der Berechtigte ein Gebäude selbst errichtet oder ein errichtetes Gebäude überkommt, tritt die Frage des Impensenersatzes des Eigenthümers und der Konservirungspflicht des Berechtigten ein. Auf beide Fragen ist die Dauer des Rechtes von Einfluß. Die gewöhnliche Auffassung geht dahin, daß weder Impensen erstattet werden, da der Erbbauberechtigte die zeitliche Begrenzung seines Rechtes vor Augen

Digitized by Google

haben muß, noch eine Diligenzpflicht des Berechtigten in Ansehung der Erhaltung angenommen wird.

Volkswirthschaftlich ist die Art des getheilten Eigenthumes, welche das Platzrecht mit sich bringt, entschieden schädlich. England hat mit der dort üblichen Grundmiethe auf 99 Jahre die traurigsten Erfahrungen gemacht. Während bei uns in Folge des allgemein üblichen Verkaufes der Bauplätze zu vollem Eigenthume die minder begüterten Klassen in die Lage kommen, Grund und Hausbesitz auf die Dauer zu erwerben und damit eine feste Grundlage für ihre Erwerbsthätigkeit und selbständige wirthschaftliche Existenz zu gewinnen, führt jene englische Sitte zu einem doppelten Wucher, der die nicht angesessene Stadt- und Landbevölkerung aussaugt: zu dem Bodenzinswucher der großen Grundbesitzer (Aristokratie sowie städtische und geistliche Korporationen), die sich nicht nur unverhältnißmäßig hohe Renten ausbedingen, sondern auch durch die Rückerwerbung nach 99 Jahren und die inzwischen fortgeschrittene Ausdehnung der Städte unermeßliche Reichthümer häufen, und dem Miethswucher der Bauspekulanten, welche während der 99 Jahre nicht nur Kapital und Zinsen ihrer Aufwendungen einzubringen, sondern auch den möglichst großen Ueberverdienst herauszupressen sich bemühen und hierbei jede Rücksicht auf die Gesundheit und die Sittlichkeit der Wohnungsbedürftigen bei Seite setzen.

§ 18. Civilrechtliche Grundlagen des Wasserrechtes.

Unter dem Ausdrucke „Wasserrecht" versteht man diejenigen Normen, welche einerseits die Nutzbarmachung und andererseits die Unschädlichmachung der über die Erdoberfläche vertheilten Wasserbedeckung befördern wollen. Diese Normen sind zum Theile zivilrechtlicher Natur. An den Umstand der Wasserbedeckung werden privatrechtliche Folgen für das Rechtsschicksal des Grundstückes, welches die Unterlage bildet, geknüpft. Wie weit von dem abgewichen werden soll, was gelten würde, wenn die Wasserbedeckung ohne jeden nicht schon nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte (Immissionen §§ 849, 850, Wasserabfluß § 856, avulsio § 786) sich ergebenden Einfluß bliebe, wie weit insbesondere das Privateigenthum

Digitized by Google

beschränkt oder zu Gunsten der ausschließlichen staatlichen Herrschaft ausgeschlossen werden soll, ist nicht vom zivilrechtlichen, sondern vom nationalökonomischen Standpunkte zu entscheiden. Aber wenn es auch nicht zweifelhaft ist, daß in dieser Richtung, wie in § 39 des Entwurfes eines Einführungsgesetzes geschehen, bis zum Zustandekommen einer Reichswassergesetzgebung den Landesgesetzgebungen freie Hand zu lassen war, so konnte doch in anderer Richtung ein Zweifel sich ergeben. Vorbehalten werden sollen alle Rechtssätze, welche mit Rücksicht auf die Zwecke des Wasserrechtes Ausnahmen von dem gewöhnlichen Rechte enthalten. Bei jedem Spezialrechte — Handelsrecht, Wasserrecht, Bergrecht, Enteignungsrecht — muß man aber eins verlangen, die Ausnahme muß die Regel bestätigen und nicht weiter brechen, als der besondere Zweck mit sich bringt. Es würde zu einer unnöthigen und schädlichen Rechtsungleichheit führen, wenn zum Beispiel für das Handelsrecht besondere Vorschriften über die allgemeinen Wirkungen der Rechtsgeschäfte, insbesondere über die Folgen von Zwang, Betrug und Irrthum gälten. Noch vielmehr sind solche Ungleichheiten zu vermeiden, wenn nicht ein Reichs-Spezialrecht sondern ein Landes-Spezialrecht in Frage steht. Man muß verlangen, daß im ganzen deutschen Reiche das durch den Zweck der Vorbehalte zu Gunsten der Partikularrechte nicht berührte jus commune bleibt und daß nicht die Landesgesetzgebungen das ihnen vorbehaltene Spezialrecht durch unnöthiges Hineinziehen eines Theiles vom jus commune erweitern. Im Wasserrechte ist die Gefahr einer solchen Erweiterung naheliegend, weil die einzelnen Wassergesetzgebungen und ebenso die Doktrin des Wasserrechtes von sehr abweichenden Grundanschauungen darüber, was ohne jedes Spezialrecht gelten würde, ausgehen. Was ist ein Fluß? Wie sind die Rechtsveränderungen, welche durch Abnahme oder Zunahme der Wasserbedeckung eintreten, juristisch zu konstruiren? Was ist ein See? Wie weit reicht die Eigenthumsmöglichkeit bei der Wasserbedeckung der Erdoberfläche? Alle diese Fragen, zu welchen noch manche andere Fragen hinzugezogen werden können, müssen eine einheitliche Beantwortung erfahren. Der Redaktor des Sachenrechtes hatte in seinen Vorschlägen zum Einführungsgesetze versucht, eine gemeinsame zivilrechtliche Grundlage

Digitized by Google

für das Wasserrecht festzustellen. Die Kommission hat es abgelehnt, einem solchen Verfahren sich anzuschließen.

Wenn es kein Spezialwasserrecht gäbe, so würde nach dem Entwurf, wie er liegt, folgender Rechtszustand sich herausstellen:

Wasser als bewegliche Sache kann Gegenstand der Inhabung und damit des Eigenthumes sein, wenn es in ein Gefäß oder eine den endlichen freien Abfluß hindernde Leitung gefaßt ist. Ist der Grund und Boden das Gefäß, so ist das Wasser, ebenso wie das zusammenhängende Erdreich mobilisirbarer Bestandtheil des Grundstückes. Das über das Grundstück hinwegfließende Wasser ist nicht zum Gegenstande der Inhabung gemacht. In den Landeswassergesetzen finden sich mannigfache in das Mobilienrecht einschlagende Vorschriften, in welchen von einem Gehören und von einem Privateigenthume am Wasser geredet wird.[1]) Man würde indessen zu ganz unannehmbaren Resultaten gelangen, wenn man dies überall im Sinne eines Mobilieneigenthumes an einer individuellen Wassermenge verstehen wollte. Ein solches Gehören kann angenommen werden, wenn von dem in Brunnen, Teichen, Cisternen oder anderen Behältern aufgefangenen Wasser die Rede ist, bleibt aber der Natur der Sache nach ausgeschlossen, wenn es sich um frei abfließendes Wasser handelt, mag solches auch auf dem Grundstücke entspringen oder Leitungen durchströmen.

Die eigentliche Tendenz jener Vorschriften geht gar nicht dahin, das Eigenthum von gewissen Wassermengen zu regeln, sondern es sollen diejenigen wasserbedeckten Grundstücke hervorgehoben werden, bei denen der Eigenthümer unbeschränkt ist und kraft seines Eigenthumes das ausschließende Recht zur Benutzung der Wasserbedeckung innerhalb seiner Grenzen hat. Eine solche Ausscheidung ist nicht nothwendig, denn die Beschränkung ist die aus den Sondervorschriften sich ergebende Ausnahme.

---

1) Wasserbenutzungsgesetz für Bayern vom 28. Mai 1852, Art. 33; W.-G. für Weimar vom 16. Februar 1854, § 32; für Schwarzburg-Sondershausen vom 26. Januar 1856, § 64; für Gotha vom 12. April 1859, § 1; für Meiningen vom 6. Mai 1872, § 1; für Altenburg vom 18. Oktober 1865, § 2; für Reuß j. L. vom 8. April 1872, § 1; für Braunschweig vom 20. Juni 1876, §§ 3; vgl. auch W.-G. für Oesterreich vom 30. Mai 1869, § 4.

Digitized by Google

In das Mobilienrecht gehört auch die Bestimmung der Wassergesetzgebungen über durch Wogendrang abgerissene und übergeführte Erdkörper, Entw. § 786.

Der Zweck des Wasserrechtes bringt es nicht mit sich, daß das Mobilienrecht unberührt bleibt. Ein Aussprechen dieser Beschränkung würde den Zweck haben, das Recht am Wasser und das Recht am wasserbedeckten Grundstücke scharf von einander zu scheiden und darauf hinzuweisen, daß das partikulare Wasserrecht das Immobilieneigenthum beschränken oder ausschließen kann, das Mobilienrecht hingegen unberührt läßt. Die gesetzgeberische Verfügung über das stehende einen — mobilisirbaren — Bestandtheil des Grundstückes bildende Wasser wird hierdurch dem Spezialrechte nicht entzogen.[1])

Den natürlichen Einfluß der Wasserbedeckung auf die Rechtsverhältnisse der Grundstücke nach dem Entwurfe betreffend ist zu bemerken: Unter Grundstück wird ein Ausschnitt der Erdoberfläche, begrenzt von senkrecht auf der Grenzlinie nach oben und unten stehenden in sich zurücklaufenden Grenzflächen verstanden; also im Unterschiede von beweglichen Sachen ein gewisses Herrschaftsgebiet. Eine räumliche Herrschaft wird durch irgend eine natürliche Beschaffenheit des Grundstückes nicht undenkbar. Dernburg, Lehrbuch des preuß. Priv.-Rechtes § 251 sagt: Denn wenn auch die fließende Wasserwelle als solche wie die Luft in natürlicher Freiheit sich befindet, so kann doch der durch sie erfüllte Raum nicht weniger dem Privateigenthume unterstehen, wie die übrige Oberfläche des Festlandes. Es möchte sehr schwer werden, Grenzen festzustellen, über welche hinaus ein Gebiet der menschlichen Herrschaft unzugänglich wird. Andererseits würde um Gebiete, welche niemals einen Streitgegenstand bilden können, das Recht sich nicht zu kümmern brauchen. Die Möglichkeit des Privateigenthumes bleibt auch bei Vulkanen, Gletschern und Felsengebirgen und ebenso bei Morästen und dauernd mit Wasser bedeckten Senkungen. Selbst bei dem Meere und bei den Seeen mit meeresartiger Wogengewalt ist es gerathener, deren

1) W.-G. für Bayern Art. 29, 30, 43; Altenburg § 52; Coburg Art. 25; Gotha § 26; Meiningen Art. 10; Reuß j. L. § 25; Schwarzburg-Rudolstadt § 25; Braunschweig § 52.

Digitized by Google

besonderes Rechtsverhältniß nicht aus der Natur der Sache, sondern aus der nicht im Stiche lassenden positiven Gesetzgebung abzuleiten. Die Vorschriften über Abmarkung und Grenzfeststellung (§§ 851, 852) werden in ihrer Anwendbarkeit durch die Wasserbedeckung nicht ausgeschlossen. Für den Fall, daß ein Fluß auf der Grenze zwischen zwei Grundstücken fließt und das Bett desselben dem Privateigenthume nicht entzogen ist, so daß also nicht ein fremder Streifen sondern nur möglicher Weise ein Stück Landes zweifelhaften Besitzstandes und deshalb zweifelhafter Grenze sich einschaltet, kommen Vorschriften in den Wassergesetzen vor, welche das gewöhnliche Grenzrecht ergänzen. Bayr. Wasserbenutzungsgesetz, Privatflüsse Art. 39 Abs. 3: „Gehören die Ufer verschiedenen Eigenthümern, so bildet die durch die Mitte des Flusses nach Maßgabe des mittleren Wasserstandes gezogene Linie die Eigenthumsgrenze, soweit diese Grenze nicht bereits in anderer Weise festgesetzt ist." Aehnliche Vorschriften finden sich in den Wassergesetzen für Gotha, Meiningen, Altenburg, Sondershausen, Rudolstadt, Reuß j. L. Das Verbot des Rückstaues in § 856 trifft das abrinnende Regenwasser so gut, als das Wasser im Flußgerinne bei Flüssen, welche dem Privateigenthume nicht entrückt sind, nur daß jene Vorschrift durch die Wassergesetzgebung bei ständig fließenden Gewässern fast ganz um ihre praktische Bedeutung gebracht wird und nur da hervortritt, wo die Spezialgesetzgebung über die Gewässer keine Entscheidung bietet, vgl. Mot. III S. 281. Das Wasser kann denn auch ebensowohl wie die Luft das Vehikel von Immissionen sein, über deren Zulässigkeit oder Unzulässigkeit also der § 850 mit Vorbehalt aller wasserrechtlichen Spezialitäten entscheidend bleibt.

Die hier vertretene Ansicht, daß die Flüsse, Seen, Meere u. s. w. weiter nichts seien als wasserbedeckte Grundstücke und daß von dieser Beurtheilung als Regel, welche durch die Spezialvorschriften nur bestärkt werden könne, auszugehen sei, ist keineswegs anerkannt. Aus diesem Grunde war vom Redaktor des Sachenrechtes zur Schaffung eines gemeinsamen Ausgangspunktes für alle Spezialwassergesetzgebungen die Vorschrift vorgeschlagen, daß die Rechtsverhältnisse der wasserbedeckten Grundstücke an sich der gleichen Beurtheilung nach den Vorschriften des bürgerlichen

Digitized by Google

Gesetzbuches, insbesondere des Grenz- und Nachbarrechtes unterliegen, wie alle übrigen Grundstücke, jedoch mit Vorbehalt der durch die wasserrechtlichen Sondervorschriften eingeführten Beschränkung und Belastung des Eigenthumes. Die zu einer ganz verschiedenen zivilrechtlichen Grundlage führende abweichende sehr verbreitete Anschauung geht dahin, daß zu unterscheiden sei zwischen der fließenden Wasserwelle und der Gesammtheit des Gewässers. Jene sei nicht faßbar und daher kein denkbarer Gegenstand einer Privatberechtigung [1]). Neben Mobilien und Grundstück trete als eine dritte Kategorie die ewig wechselnde und sich erneuernde „Wassersäule". Wird eine solche Anschauung für das Privatrecht verneint — nihil differt a ceteris locis privatis flumen privatum; publicum fit quod aqua copertum est. L. 1 §§ 4, 9 D. de flum. 43, 12 —, so kann sie nicht für das öffentliche Recht aufrecht erhalten werden [2]), denn das öffentliche Recht muß, wenn es an Stelle der nach Privatrechtsnormen sich regelnden Sachherrschaft eine nach öffentlichen Rechtsnormen sich regelnde Herrschaft setzt, mit gleichen Grundbegriffen bezüglich des Gegenstandes rechnen.

Eine etwas anders begründete Ansicht will an die Wasserbedeckung um deswillen rechtliche Folgen knüpfen, weil das dem

---

1) Windscheid, Pand., § 146.

2) Randa, Beiträge zum österr. Wasserrechte sagt S. 3,4: „Das Eigenthum setzt seinem Begriffe nach selbständige und der räumlichen Herrschaft unterworfene Körper voraus. Einen solchen Gegenstand bilden zwar die in Brunnen, Teichen, Quellen, Behältern (Cisternen) und natürlichen Senkungen eingeschlossenen (stehenden) Gewässer, welche dem Grundeigenthümer gehören, nicht, aber das Meer in seiner Totalität, noch auch die fließende Wasserwelle in ihrem stetigen zusammenhängenden Laufe (aqua profluens). Das fließende Gewässer bildet vielmehr ein zusammenhängendes nur durch die Bodensenkung räumlich vertheiltes Ganzes. Aus natürlichen Gründen kann daher der ununterbrochene Wasserlauf nicht als Gegenstand des Eigenthumes angesehen werden, gleichviel ob es sich um Ströme, Flüsse oder Bäche handelt." „Die Natur der Sache und Rücksichten allgemeinen Wohles verlangen also in gleich gebieterischer Weise, daß die fließenden Gewässer als öffentliches zum allgemeinen Gebrauche dienendes Gut betrachtet werden." Hierbei hält es Randa für konsequent, diesem öffentlichen Gute das Flußbett als integrirenden Bestandtheil hinzuzufügen.

Digitized by Google

gemeinen Gebrauche gewidmete oder mit unüberwindlicher Wogengewalt auftretende Wasser Besitz und Eigenthum der Privaten an der Unterlage ausschließen. So fragt Börner, Archiv für civ. Praxis, Bd. 38, S. 170, wie weit wohl eine freie Verfügung über ein von dem Wasser auch nur eines Baches bedecktes Bett möglich bleibe, ob man dasselbe bepflanzen, bebauen, vertauschen, verpachten könne, ob man durch die Annahme eines Bacheigenthumes hinsichtlich des Bettes nicht zum Begriffe von Bächen ohne Wasser analog dem Begriffe von Messer ohne Stiel und Klinge gelange.

Kappeler, Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufes, S. 45, will wenigstens das Meer als unbeherrschbares Ganzes beurtheilen, welches seinem Grunde und seinen Küsten die eigene Freiheit mittheile.

Wenn man aber auch von dem Grundsatze ausgeht, daß Flüsse, Seen, Meer nichts als wasserbedeckte Grundstücke seien und daß nur der Einfluß der Wasserbedeckung auf die Eigenthumsverhältnisse des Grundstückes in Frage stehe, so bleiben doch bezüglich dieses Einflusses verschiedene juristische Konstruktionen möglich:

1. Das Privateigenthum wird nicht aufgehoben, sondern es werden demselben nur im Interesse der Wasserbenutzung und Wasserbekämpfung Beschränkungen auferlegt. Das Kennzeichen dafür, daß das Privateigenthum nicht entzogen und auf Staat oder Gemeinde übertragen wird, ist die Konsolidationslage der Anlieger, welche darin sich zeigt, daß alles von der Wasserbedeckung Verlassene und nicht etwa durch die staatlichen Organe wieder einzubeziehende Land von der Beschränkung befreit wird. Diese Auffassung wird für das gemeine Recht die richtige sein und nach dem Entwurfe da, wo lediglich das gemeine Recht gilt, künftig Anwendung finden müssen, denn der Entwurf kennt keinen besonderen dinglichen Zustand der Publizität, bei welcher eine Sache als res nullius betrachtet wird. Die Eigenthumsfrage tritt praktisch bei den res in usu publico positae zurück, aber sie muß in jedem Augenblicke gelöst sein. Der Entwurf kennt kein anderes absolutes Herrschaftsrecht über die Sache als das Eigenthum. Auch wenn die Herrschaft von Staat oder Gemeinde geübt wird, muß mit demselben Grundbegriffe gerechnet werden, vgl. Mot. zum Einf.-Ges. S. 197.

2. Das private Eigenthum an den wasserbedeckten Grund-

Digitized by Google

stücken ist aufgehoben und auf Staat oder Gemeinde übertragen, dabei findet aber die Eigenthümlichkeit statt, daß die Grenze eine schwankende ist nach Maßgabe des Wasserstandes. Die Konsolidationslage ist aber offenbar nicht bei den Anliegern, da in verschiedener Weise über Anlandungen, Inseln und verlassenes Flußbett verfügt wird. Diese Beurtheilung ist die verbreitetste und gilt sowohl da, wo nur die schiffbaren oder flößbaren Flüsse für öffentliche erklärt werden (Preußen, Frankreich, Bayern), als auch da wo der Begriff des öffentlichen Flusses weiter gefaßt ist. Die Konstruktion der Eigenthumsfrage macht bei diesen öffentlichen Grundstücken mit veränderlicher Grenze mancherlei Schwierigkeit. Die von der Wasserbedeckung frei werdenden Landstreifen werden nicht als besondere Grundstücke behandelt, welche der Anlieger zuerwirbt, sondern sie werden so behandelt, als wenn sie von jeher zu dem anliegenden Grundstücke gehört hätten, also als wenn nur eine Befreiung von einer Beschränkung nicht aber ein Neuerwerb stattgefunden hätte. Wenn man bei der Alluvion von einem Akzessionsprinzip spricht: Unbewegliches tritt zu Unbeweglichem, so sind das nur schwer verständliche Worte. Ebensowenig kann man von neuentstandenen Sachen reden, denn Grundstücke entstehen nicht.

3. Die dritte einfachste Gestaltung ist, daß das wasserbedeckte Grundstück in fester Umgrenzung dem Staate oder der Gemeinde gehört, wie insbesondere Kanäle und sonstige künstliche Anlagen.

Der Entwurf und das Einführungsgesetz können den bezüglich der Eigenthumsfrage stattfindenden Dunkelheiten nicht abhelfen. Eine durchgreifende Abhülfe ist nur von einem Reichswassergesetze zu erhoffen.

Digitized by Google

Verzeichniß

derjenigen Stellen, deren Inhalt berührt ist,

I. des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

§§	Seite
74, Abs. 1	62
107	127 ff.
111	76
127	49, 52
129	120
132	132
134	121
135	125, 131
154, Abs. 1	56
219	139
310	51
339	142
348	130
374, 375	21
631, Abs. 4	145
645	140
648	140
704	31
737, Abs. 2	25
748	25
761	101
762, Abs. 1	136
765, 767	136, 140
769, Abs. 3	138
774	34, 87
776	34
781, Abs. 2	116
782—785	34 ff.
785	38
786	150, 153
787, Abs. 1	110
790	40
791	41
792, Nr. 1	28
794, Abs. 2	30
797	1 ff, 12
798	13
799	13
800	13
801	3 ff., 13
802	14
803	6
803—805	14
806—813	15
810	6
812	6, 9
813	44
815	6
816	5
817	26
820	8
821	8
824	9
825	21
826	67
827	141
828	59, 66, 69, 75
829	43
830	68 ff.
832	63, Note 1
833	130
835	73
836	79
837, 838	18, 67, 68, 112, 122
840	72
841	72 ff.
842	77
843	64, 78 ff.
844, 845	132
846	64
848	30
849, 850	150, 154
851, 852	154
852	21, 47
856	150, 154
870	79, 132
871	149
871, Abs. 3	48
871, Abs. 4	79
874	43, 49, 50, 144
876	49, 52
877	19
877—879	45
879	16

Digitized by Google

§§	Seite
890—892	34 ff.
898	5, 33
900	27 ff., 89
901	7
901, Abs. 2	36
902	7
910	18
911	95
930	30, 89, 96
931	96
931, Abs. 2	89
932, Abs. 2	98
934	89
936—938	102 ff.
945	22, 48
949	142
951	151
967	146
975	114
976	116
979	11
985	137
988	28
1016	49
1057	116
1058	117
1067 Nr. 1	115
1091	82
1094	82
1115	75
1130	64, 129
1132	129
1137	79, 133
1184	137
1189	49
1191	64
1193 Satz 3	73
1195 Abs. 1	21
1195 Abs. 2	17
1217	120
1815	30
1823	29
2081 Nr. 1	21

II. des Entwurfes einer Grundbuchordnung.

§§	Seite
13	112, 116
15	64
19	84
21	60, 62
26	112, 132
35	82
39	60, 79
48	71
49	65
52	72

III. des Entwurfes eines Einführungsgesetzes.

Art.	Seite
39	151
73	142
101	128
106	136

IV. des Entwurfes eines Gesetzes betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

§ 140 S. 114, 146

ELRL 5/15/25

Digitized by Google

Druckfehler.

S. 48 Z. 22 v. o. ist statt § 875 zu lesen: § 871.
- 64 - 11 - - - - § 15 - - § 19.

Druck von J. B. Hirschfeld in Leipzig.

Digitized by Google

Digitized by Google

Verlag von C. L. Hirschfeld in Leipzig.

Das deutsche Zollstrafrecht.

Die zollstrafrechtlichen Vorschriften des Deutschen Reichs,

unter besonderer Berücksichtigung

ihrer Beziehungen zum Strafgesetzbuche und zur Strafprozeßordnung

sowie der

Rechtsprechung des Reichsgerichts

erläutert von

Dr. Ernst Löbe,
königlich Sächsischem Geheimen Oberrechnungs-Rath.

Zweite vollständig neubearbeitete Auflage.

8°. 1890. Preis elegant broschiert ℳ 7.50.

DER CHECK.

SEINE WIRTHSCHAFTLICHE UND JURISTISCHE NATUR

ZUGLEICH

EIN BEITRAG ZUR LEHRE VOM GELDE, VOM WECHSEL UND DER GIRO-BANK

VON

LUDWIG KUHLENBECK
DR. JUR., RECHTSANWALT BEI DEM OBERLANDESGERICHT ZU JENA.

8°. 1890. Preis elegant broschiret ℳ 4.50.

Druck von J. B. Hirschfeld in Leipzig.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google